# Das Prüfungsrecht des hamburgischen Richters gegenüber den Landesgesetzen und den Rechtsverordnungen der Landesbehörden

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

**Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.**

eingereicht von

**WILHELM NÖLDEKE**

Referendar

HAMBURG 1912

Druck von Berngruber & Henning

Referent: Professor Dr. Hübner.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0098

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

I. ABSCHNITT:

**Die bisherige Behandlung der Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht in der Literatur.**

§ 1. Die Literatur bis zur Gründung des Deutschen Reiches ..... 1

§ 2. Allgemeine Charakteristik der neueren Literatur ..... 4

§ 3. Wiedergabe einzelner Theorien ..... 6

§ 4. Der Standpunkt Labands, Jellineks und v. Seydels ..... 10

§ 5. Stellungnahme zu den einzelnen Autoren .. 11

§ 6. Besprechung der Jellinekschen Theorie insbesondere ..... 16

II. ABSCHNITT:

§ 7. **Enthält die hamburgische Verfassung besondere Bestimmungen, die das richterliche Prüfungsrecht ausschließen oder beschränken?** ..... 20

III. ABSCHNITT:

**Nachprüfung der formellen Rechtsgültigkeit der Gesetze.**

§ 8. Feststellung der Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes in dieser Beziehung im allgemeinen ..... 24

§ 9. Nachprüfung der gehörigen Verkündung .. 30

§ 10. Bedeutung der Ausfertigung für das Prüfungsrecht der Gerichte und Grenzen dieses Rechtes im einzelnen ..... 34

Seite

IV. ABSCHNITT:

**Nachprüfung der materiellen Rechtsgültigkeit der Gesetze.**

§ 11. Begriffliche Schranken der Rechtswirksamkeit jedes Gesetzes ..... 39

§ 12. Prüfung der Landesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Reichsrecht ..... 42

§ 13. Unzulässigkeit einer gerichtlichen Entscheidung darüber, ob ein verfassungsänderndes Gesetz erforderlich war ..... 46

V. ABSCHNITT:

**Nachprüfung der formellen Rechtsgültigkeit der Verordnungen.**

§ 14. Die Verkündung als wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit der Verordnungen ..... 51

§ 15. Der wesentliche Inhalt der Verkündungsformel ..... 54

§ 16. Bedeutung der Ausfertigung und Schranken der Nachprüfungsbefugnis der Gerichte .... 58

VI. ABSCHNITT:

§ 17. **Nachprüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit der Verordnungen.** ..... 63

VII. ABSCHNITT:

§ 18. **Stellung des Gerichts beim Vorliegen einer ungültigen gesetzlichen Bestimmung, insbesondere bei Redaktionsversehen und Druckfehlern.** ..... 69

§ 19. Ergebnisse ..... 72

# Literaturverzeichnis.


Arndt, Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1911.

— Über Art und Formel der Publikation bei Verordnungen. DJZ. 07, 257 ff.

— Einiges über das Verhältnis der richterlichen zur vollziehenden und zur gesetzgebenden Gewalt. ArchOeffR. 18, 156 ff.

Bischoff, Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen. Ztschr. f. Zivilr. u. Proz. Neue Folge 16, 235 ff.; 385 ff., 18, 129 ff., 302 ff., 393 ff.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Breslau 1911, I. Bd.

Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechtes. ArchOeffR. 4, 51 ff.

Brückner, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien und Hansestadt Lübeck. Bibl. d. öffentl. Rechtes, Bd. VI.

Cohn, Das Prüfungsrecht der Behörden bei Gesetzen und Verordnungen, mit besonderer Berücksichtigung des Preußischen und der Reichsstaatsrechts. Diss. Königsberg 1899.

Dambitsch, Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1910.

Dyroff, Rechtssatzung und Gesetz zunächst nach bayrischem Staatsrecht. Hirths Ann. 1889, 817 ff.

Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen. Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht. Herausgeg. von Brie, Heft 1. Breslau 1898.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetze. 8.—10. Aufl. Tübingen 1911.

Gareis, Allgemeines Staatsrecht. Marquardsens Handbuch des öffentl. Rechts. 1883, I. Bd. 1. Halbbd.

v. Gerber, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts. Leipzig 1865.

Gierke, O., Deutsches Privatrecht I. Bd. Allgem. Teil und Personenrecht Leipzig 1895.

— Besprechung von Labands Staatsrecht. GrünhutsZ. 6, 229, 230.

— Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Schmollers Jahrb. 1883, 1186—89.

Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrechte. Bd. I, Leipzig 1873.

Hanfft, Verordnungsrecht des hamburgischen Senates. Hamburg 1900.

Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechtes zu dem Landesstrafrecht mit bes. Berücksichtigung der durch das norddeutsche Strafgesetzbuch veranlaßten Landesgesetze. Leipzig 1871.

Jellinek, Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte. ArchZivPrax. VIII. Bd. 2. Heft, 191.

Kahn, Inwieweit ist der deutsche Richter berechtigt und verpflichtet, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen? Hirths Ann. 1907, 481 ff. und 597 ff.

Krieger, Das richterliche Prüfungsrecht von Reichsgesetzen. Diss. Göttingen 1904.

Kronecker, Publikationsformel und Kammergericht. DJZ. 07, 346.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.
Desgl. 5. Aufl. Tübingen 1911.

— Berichtigung von Reichsgesetzen. DJZ. 03. 302 ff.

Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 5. Aufl. München 1907.

v. Linde, In Monarchien mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen. ArchZivPrax. 16, 303 ff.

Lindemann, Berichtigung der in verkündeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen. ArchOeffR. Bd. 14, 1899, 145 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. Berlin 1908.

Mannhardt, Die Prüfung der Rechtsgültigkeit von Verordnungen durch den Richter. DJZ. 1900, 486 ff.

Martin, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Verordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen. Cassel 1886.

v. Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes. Leipzig 1886.

Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895.

v. Melle, Das Hamburgische Staatsrecht. Hamburg und Leipzig 1891.

Meyer, G., Lehrbuch des Deutschen Staatsrechs. 6. Aufl. von Anschütz, Leipzig 1905.

Mittermaier, Beitr. zur Lehre von den Gegenständen des bürgerl. Prozesses. ArchZivPrax. IV. Bd. 3. Heft, 334.

Mittermaier, Über die Ergebnisse der legislativen Tätigkeit in Bezug auf Civilprozessgesetzgebung und Gerichtsorganisation seit 1830. ArchZivPrax. 17, 306 ff.

Niemeyer, Hamburger Privatrecht. Hamburg 1898.

Nöldeke, A., Hamburgisches Landesprivatrecht. Halle 1907.

Pabst, Die Sanktions- und Publikationsfrist bei Gesetzen. Berlin 1909.

Planck, Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen. Iher. Jahrb. 9, 288 ff.

Reincke, Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1906.

Rosin, Die Anhörungspflicht beim Erlaß von Polizeiverordnungen DJZ. 1905, 135.

— Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. Berlin 1895.

Sarwey, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. II. Bd. Tübingen 1883.

Seelig, Hamburgisches Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage. Hamburg 1902.

v. Seydel, Kommentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Freiburg i. B. u. Leipzig 1897.

Sontag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, insbes. auf strafrechtlichem Gebiet. Freiburg 1874.

Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 1. Buch: das Deutsche Landesstaatsrecht. Leipzig 1881.

v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 5. und 6. Aufl. VI. Bd. München 1911.

v. Stockmar, Ist der deutsche Richter an allgemeine landesherrliche Constitutionen gebunden, welche ohne die nach Vorschrift der Verfassung einzuholende ständische Zustimmung erlassen sind? Ztschr. f. Zivilr. u. Proz. Neue Folge 10. Bd., 18 ff., 213 ff.

Thudichum, Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins. Tübingen 1870.

v. Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. ArchZivPrax. 24, 230 ff.

Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmählichen Entwickelung bis auf die neueste Zeit. 2 Bände, Hamburg 1841.

— Geschichte der Hauptgrundgesetze der Hamburgischen Verfassung, 3 Bände. 1844.

Wolffson, Das Staatsrecht der freien und Hansestadt Hamburg, Marquardsens Handb. d. öffentl. Rechts 1884.

Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen. Systematisch geordnete Zusammenstellung mit Anmerkungen. 1. Aufl. Hamburg 1889. Desgl. 2. Aufl. Hamburg 1902.

Zachariä, Erstreckt sich das richterliche Entscheidungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehen, zu erlassen berechtigt gewesen sei. ArchZivPrax. 16, 143 ff.

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. I. Bd. Das Verfassungsrecht. 2. Aufl. Berlin 1895.

Neuer Abdruck der vier Hauptgrundgesetze der Hamburgischen Verfassung mit vorausgeschickter erläuternder Übersicht. Hamburg 1823.

Nachtrag zum Abdruck der vier Hauptgrundgesetze. Hamburg 1825.

Einige Abhandlungen über Gegenstände der Hamburgischen Verfassung von dem Verfasser der dem Abdruck der Hamburgischen Grundgesetze hinzugefügten erläuternden Übersicht. Hamburg 1835.

---

Verhandlungen des 3. Deutschen Juristentages, II. Bd. 10 ff. Berlin 1863.

Verhandlungen des 4. Deutschen Juristentages. I. Bd., 199 ff. Berlin 1863. II. Bd. 11 ff. Berlin 1864.

---

Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft.

Protokolle und Ausschußberichte der Bürgerschaft.

Stenographische Berichte über die Sitzungen der Bürgerschaft.

# I. Abschnitt.

## Die bisherige Behandlung der Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht in der Literatur.

### § 1.

### Die Literatur bis zur Gründung des Deutschen Reiches.

Als in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in zahlreichen deutschen Einzelstaaten konstitutionelle Verfassungen eingeführt wurden, gewann die Frage nach dem Bestehen und den Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes eine erhöhte praktische Bedeutung.

Im alten deutschen Reiche war die Befugnis der Reichsgerichte, Landesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen, allgemein anerkannt. Eine Nachprüfung der Rechtsgültigkeit der Gesetze durch die Landesgerichte konnte kaum praktisch werden. Solange die Monarchen absolute Herrscher waren, stand ihnen den Untertanen gegenüber das Recht der Gesetzgebung allein und unbeschränkt zu. Das in weitem Umfange bestehende Mitwirkungsrecht der Stände stellte fast durchweg nur ein diesen zustehendes subjektives Recht dar, dessen Verletzung die Rechtsungültigkeit der vom Herrscher allein erlassenen Anordnungen nicht

zur Folge hatte[1]. Für den Richter kam daher eine Nachprüfung der Kompetenz des Landesherrn zum Erlaß einer Rechtsnorm kaum in Frage und ebenso konnte, da die Innehaltung eines bestimmten Verfahrens nicht Voraussetzung der Rechtswirksamkeit der Gesetze war, auch eine Prüfung der Rechtsnorm auf ihre formell ordnungsmäßige Entstehung nur hinsichtlich der Frage in Betracht kommen, ob das Gesetz richtig verkündet war[2].

Alles dies änderte sich, als die Herrscher durch die in vielen Fällen erforderlich werdende Mitwirkung der Volksvertretung in ihrer Gesetzgebungsbefugnis beschränkt und eingehende Vorschriften für die Entstehung der Gesetze und ihre Verkündung aufgestellt wurden.

Nunmehr entstanden Zweifel darüber, wie weit der Richter die anzuwendende Rechtsnorm auf ihre formelle und materielle Gültigkeit nachzuprüfen habe. In der Literatur wurde das Problem vielfach erörtert[3] und zwar beschäftigte man sich dabei in erster Linie und oft ausschließlich mit der praktisch wichtigsten Frage, ob es dem Richter zustehe, einen Erlaß des Monarchen daraufhin zu prüfen, ob die nach der Verfassung in gewissen Fällen erforderliche Zustimmung der Volksvertretung erfolgt sei. Für das Resultat, zu dem die einzelnen Autoren gelangten, war oft ihre Auffassung vom Charakter der konstitutionellen Mon-

[1] Planck, Iher. Jahrb. 9, 301. 302.

[2] G. Meyer, 6. Aufl., 631.

[3] Für ein richterliches Prüfungsrecht sprachen sich z. B. aus: Jordan, ArchZivPrax 8, 214 und Wächter, ArchZivPrax 24, 238 Anm. 12; Zachariä, ArchZivPrax 16, 143 ff. Nicht einheitlich entscheidet die Frage Mittermaier ArchZivPrax 4, 334; 17, 316 319.

archie entscheidend. So sieht beispielsweise v. Linde[4] als Anhänger der Staatslehre des monarchischen Prinzips in der Mitwirkung der Volksvertretung bei der Gesetzgebung nur eine Schranke, die sich der Monarch in der Ausübung des ihm weiter allein zustehenden Gesetzgebungsrechtes auferlegt habe und folgert daraus, daß die Nichtachtung dieser Schranke höchstens zu Erörterungen zwischen dem Herrscher und der Volksvertretung führen könne, während der Richter durch den Befehl des Monarchen unter allen Umständen gebunden werde.

Ein näheres Eingehen auf die Ausführungen der einzelnen Autoren aus dieser Periode erübrigt sich hier, da alle diese von den staatsrechtlichen Grundsätzen konstitutioneller Monarchien ausgehenden Darlegungen für die Beantwortung der Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht in Hamburg von geringer Bedeutung sind. Hingewiesen sei nur darauf, daß für die meisten Arbeiten eine starke Betonung politischer Gesichtspunkte charakteristisch ist. Immer wieder wird von den Verteidigern eines weitgehenden Prüfungsrechtes das Schreckgespenst einer verschleierten Kabinettsjustiz als Argument für die Richtigkeit ihrer Ansicht hingestellt[5]. Der Monarch könne einen in Wahrheit auf einen konkreten Tatbestand gerichteten Befehl als allgemeine Rechtsregel in die Form einer Verordnung kleiden und so, wenn man ein richterliches Nachprüfungsrecht verneine, die konstitutionellen Garantien für die Unabhängigkeit der Rechtspflege beseitigen. Noch in den Verhandlungen des deutschen Juristen-

[4] ArchZivPrax 16, 303 ff., insbes. 308.

[5] Vgl. z. B. Zachariä a. a. O. 176.

tages, der sich 1862 und 1863 ebenfalls mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes beschäftigte und das Bestehen dieses Rechtes nach Erstattung widersprechender Gutachten generell bejahte, nehmen derartige Erörterungen einen breiten Raum ein[6].

## § 2.

## Allgemeine Charakteristik der neueren Literatur.

In ein neues Stadium trat die literarische Behandlung des hier zur Erörterung stehenden Problems mit der Begründung des Deutschen Reiches. Die Deduktionen aus dem staatsrechtlichen Charakter der konstitutionellen Monarchie waren hier unanwendbar. Das führte zu einer allgemeineren Behandlung der Streitfrage. Man ging mehr als früher auf die Stellung des Richters zu den Trägern der gesetzgebenden Gewalt und das Wesen des Gesetzentstehungsprozesses ein. Außerdem wurden jetzt auch von den Schriftstellern die einzelnen rechtlich völlig verschieden liegenden Fälle, in denen eine richterliche Nachprüfung in Betracht kommen kann, stets scharf getrennt und die einzelnen rechtlichen Gesichtspunkte klar herausgearbeitet. Diese Umstände machen es erforderlich, auf die einschlägige Literatur dieser Periode näher einzugehen, zumal besondere Bearbeitungen der hier zu erörternden Fragen unter Berücksichtigung des hamburgischen Landesrechtes kaum existieren. Eine Stellungnahme zu den im Hinblick auf das Reichsstaatsrecht aufgestellten Theorien wird es dann ermöglichen, für die daran anzuknüpfende Behandlung der Streitfragen nach ham-

[6] DJT. 1863, 2; Eller 45, Ihering 54.

hurgischem Staatsrechte die richtigen Ausgangspunkte zu gewinnen.

Hervorzuheben ist zunächst, daß gerade die in den früheren Abhandlungen am meisten erörterte Frage, ob der Richter die materielle Zulässigkeit einer Verordnung prüfen dürfe, kaum noch zu Zweifeln Anlaß gab. Im Resultat herrschte darüber fast Übereinstimmung, daß der Richter einer — nur ausnahmsweise an Stelle des formellen Gesetzes zulässigen — Verordnung die Anwendung versagen müsse, wenn es an einem ermächtigenden Gesetze fehlte oder die Grenzen des ermächtigenden Gesetzes überschritten waren. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt nur O. Mayer[7], der aus der obrigkeitlichen Natur des Promulgationsaktes — wie unten näher darzulegen sein wird, zu Unrecht — folgert, daß die hier erfolgte Feststellung des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Verordnung schlechthin bindend und maßgebend sei.

Gegenstand der Kontroverse waren im wesentlichen nur die Fragen nach dem Bestehen des Prüfungsrechtes gegenüber Gesetzen und Verordnungen in formeller Beziehung und weiter die Frage, ob der Richter sich über die Innehaltung der für ein verfassungsänderndes Gesetz vorgeschriebenen Formen vergewissern müsse.

Im folgenden soll nun zuerst im Anschluß an die hierüber aufgestellten Theorien erörtert werden, wie weit der hamburgische Richter Landesgesetze auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen zu prüfen hat. Dann wird, wiederum vom Reichsrechte ausgehend,

---

[7] O. Mayer, Verwaltungsrecht 1, 282 Anm. 17.

die Frage nach dem Bestehen einer Prüfungsbefugnis gegenüber den Gesetzen in materieller Hinsicht zu behandeln und endlich entsprechend auf die Stellung des hamburgischen Richters zu den Rechtsverordnungen der Landesbehörden einzugehen sein.

## § 3.
## Wiedergabe einzelner Theorien.

Zu den weitaus meisten Erörterungen hat die Frage Anlaß gegeben, ob der Richter die verfassungsmäßige Entstehung der Gesetze nachzuprüfen habe. Von den hierüber im Anschluß an die Reichsverfassung aufgestellten Theorien seien zunächst zwei erwähnt und vorweg behandelt, die eine Sonderstellung einnehmen und wesentliche praktische Bedeutung nur für die Stellung des Richters zu Reichsgesetzen haben.

Nach Art. 2 Satz 2 der Reichsverfassung erhalten die Reichsgesetze ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung. Daraus schließt Arndt[8] die Unmöglichkeit einer Nachprüfung durch den Richter, da auch diesen das verkündete Gesetz binde. Für hamburgische Landesgesetze besteht keine analoge Vorschrift und die Arndtsche Theorie ist daher für diese Abhandlung nur insofern von Bedeutung, als unten gelegentlich der Besprechung der Frage, ob der Richter Landesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Reichsrechte zu prüfen hat, kurz auch auf die Stellung des hamburgischen Richters zu Reichsgesetzen einzugehen sein wird. Es ist deshalb gleich hier darauf hinzuweisen, daß aus der Vorschrift des Art. 2 auch für

[8] Arndt, Verf. d. Deutschen Reiches z. Art. 2, Anm. 9.

das Reichsrecht ein Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechtes nicht zu folgern ist. Verbindliche Kraft der Gesetze und die Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung sind keine sich ausschließenden Begriffe[9]. Dadurch, daß der Richter ein Gesetz auf seine Gültigkeit nachprüft und dann vielleicht im konkreten Falle nicht anwendet, wird die Rechtsverbindlichkeit des Gesetzes nicht berührt. Daß mit verbindlicher Kraft der Gesetze eine richterliche Nachprüfung vereinbar ist, ergibt klar der Art. 106 der preußischen Verfassung. Dieser erklärt zunächst Gesetze und Verordnungen für verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht sind und hebt dann weiter ausdrücklich hervor, daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zustehe. Die letztere, für einen besonderen Fall getroffene Vorschrift wäre überflüssig, wenn aus der Rechtsverbindlichkeit der gehörig verkündeten Gesetze und Verordnungen ohne weiteres die Unzulässigkeit der richterlichen Nachprüfung folgen würde[10]. Art. 106 Abs. 1 der preußischen und Art. 2 der Reichsverfassung sind daher lediglich dahin zu verstehen, daß zur Verbindlichkeit von Gesetzen und Verordnungen jedenfalls ihre gehörige Verkündung erforderlich ist. Im übrigen lassen diese Vorschriften die Frage nach den Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes unbeantwortet.

Wie Arndt aus Art. 2 so folgert v. Martitz[11] aus der Bestimmung des Art. 17 der Reichsverfassung,

---

[9] Kahn, Hirths Ann. 1907, 489.

[10] Cohn, Prüfungsrecht der Behörden usw. 41. 42.

[11] v. Martitz, Verf. d. Nordd. Bundes 131, 132.

wonach dem Kaiser die Überwachung der Ausführung der Reichsgesetze obliegt, daß die Beamten, »gleichviel, ob sie richterliche oder Verwaltungsbeamten seien«, ordnungsmäßig verkündete Reichsgesetze nicht nachzuprüfen hätten. v. Martitz beachtet dabei aber nicht, daß Richter und Verwaltungsbeamte keineswegs gleichgestellt sind. Da es für den Richter keine zum unbedingten Gehorsam verpflichtenden Dienstbefehle gibt, kann dieser, da »Norm seines Handelns« allein das geltende Recht ist[12], sehr wohl in die Lage kommen, den Befehl der vorgesetzten Behörde nicht zu befolgen. Aus der Tatsache, daß in der Verkündung eines Gesetzes durch den Kaiser zugleich der Befehl liegt, dieses Gesetz nun auch anzuwenden, kann mithin noch nicht gefolgert werden, daß der Richter »einfach verpflichtet sei, dieser Anordnung nachzukommen«.

Im Gegensatz zu Arndt und v. Martitz gelangt G. Meyer auf Grund einer Bestimmung des geltenden Rechtes zur Bejahung der richterlichen Prüfungsbefugnis. G. Meyer[13] folgert aus § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes, nach dem die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt wird, daß der Richter zu prüfen habe, ob das, was sich ihm äußerlich als Gesetz darstellt, auch wirklich ein Gesetz sei. Der Richter müsse, weil er nur dem ordnungsmäßig zustande gekommenen Gesetz unterworfen sei, prüfen, ob »eine vom Staatsoberhaupte ausgehende allgemeine Anordnung unter Beteiligung der verfassungsmäßig erforderlichen Organe

[12] Gierke, Schmollers Jahrb. 83, 1187.
[13] G. Meyer, Staatsrecht 6. Aufl. 632.

und unter Wahrung der verfassungsmäßig erforderlichen Formen entstanden sei«.

Wie G. Meyer so geht auch Kahn[14] von der Stellung des Richters aus, nur leitet er seine Schlüsse nicht wie jener von einer ausdrücklichen Bestimmung ab. Er verwertet vielmehr bei seinen Ausführungen die Lehre von der Gewaltenteilung, deren Geltung er auch für das Reichsstaatsrecht behauptet. Den politischen Auffassungen, die der Gewaltenteilungslehre zu Grunde gelegen hätten, entspreche es, daß der Richter zwar »völlig unabhängig sein müsse von den Trägern der gesetzgebenden Gewalt als Personen« — frei sein müsse also insbesondere von jeder Beeinflussung durch eine Kabinettsjustiz —, daß aber andererseits »die in den verfassungsmäßigen Formen zusammenwirkenden Träger der gesetzgebenden Gewalt über die Exekutive und die richterliche Gewalt zu stellen seien«. Deshalb müsse der Richter sich bei jedem Gesetz vergewissern, ob es durch »das in den verfassungsmäßigen Formen vollzogene Zusammenwirken der Träger der gesetzgebenden Gewalt entstanden sei. Der Richter habe also die formelle Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nachzuprüfen.

Bevor zu den Ausführungen dieser beiden Autoren Stellung genommen werden soll, ist zunächst noch auf die Theorien kurz einzugehen, die von Laband, Jellinek und v. Seydel aufgestellt sind.

---

[14] Kahn a. a. O. 601 ff.

## § 4.

## Der Standpunkt Labands, Jellineks und v. Seydels.

Wie v. Martitz, so folgert auch Laband[15] aus Art. 17 der Reichsverfassung, daß es dem Richter nicht zustehe, die formelle Gültigkeit der Reichsgesetze nachzuprüfen. Er sieht den die richterliche Prüfung ausschließenden Akt in der dem Kaiser nach dem Wortlaute des Art. 17 neben der Verkündung ausdrücklich überwiesenen Ausfertigung der Gesetze. Aus der besonderen Erwähnung der Ausfertigung schließt Laband, daß diese eine eigene Bedeutung haben müsse. Da die Sanktion nicht in Betracht komme — denn diese steht gemäß Art. 7 Ziff. 1 der Reichsverfassung dem Bundesrate zu —, auch nicht anzunehmen sei, daß der Kaiser lediglich die Beschlüsse des Reichstages und Bundesrates beurkunden solle, so müsse in der Ausfertigung ein »eigener Regierungsakt« des Kaisers liegen. Die Bedeutung dieses Regierungsaktes findet Laband unter Berufung auf die gleichartige Bedeutung der Ausfertigung im französischen und englischen Rechte in einer durch die Ausfertigung vom Kaiser vollzogenen »solemnis editio legis«. Die Ausfertigung enthalte die formelle Konstatierung, daß das Gesetz reichsverfassungsmäßig beraten, beschlossen und sanktioniert sei. Sie »lasse keine Überprüfung durch Gerichte, Behörden und Untertanen zu« und »gelte unbedingt durch eigene Kraft, ohne daß auf die früheren Stadien des Gesetzgebungsvorganges zurückgegangen werden dürfe«[16].

---

[15] Laband, Staatsrecht, 5. Aufl. 2, 44 ff.

[16] Laband DJZ. 03, 304.

Die Theorie Labands, die in der Literatur zu vielfachen, teils zustimmenden, teils ablehnenden Erörterungen Anlaß gegeben hat, ist unter andern auch von Jellinek[17] gebilligt und weiter ausgebaut. Jellinek geht davon aus, daß im Gesetzentstehungsprozeß — nicht nur in der Ausfertigung, sondern z. B. auch in den Beschlüssen der an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren — Vorgänge vorhanden seien, die die Natur eines Urteils hätten. Eine Nachprüfung dieser Urteile durch den Richter erscheine nach dem Grundsatz: »ne bis in idem«, da sie im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen sei, unstatthaft.

Von den Gegnern der Labandschen Theorie ist an dieser Stelle v. Seydel[18] zu erwähnen, der, im Resultate mit Laband übereinstimmend, den eine weitere Nachprüfung ausschließenden Akt in dem Beschluß erblickt, durch den der Bundesrat die Sanktion erteilt. Über diesen Sanktionsbeschluß des Bundesrates »als einer souveränen Willensäußerung« kann nach Ansicht v. Seydels »eine weitere verfassungsmäßige Kontrollinstanz nicht bestehen«. v. Seydel erachtet deshalb die Ausführungen Labands über die Ausfertigung für verfehlt. »Die Promulgation im Labandschen Sinne hinke hinterher und sei etwas, was man logischerweise von der Sanktion garnicht trennen könne.«

## § 5.

### Stellungnahme zu den einzelnen Autoren.

Im folgenden ist nun zu den einzelnen Theorien, soweit dies nicht gleich bei ihrer Darstellung geschehen ist, Stellung zu nehmen.

[17] Jellinek, Gesetz und Verordnung 401 ff.

[18] v. Seydel, Reichsverfassung z. Art. 17 II. Ebenso für das bayrische Recht Dyroff, Hirths Ann. 89, 855 Anm. 6.

G. Meyer und Kahn gelangen beide, ausgehend von der Stellung des Richters, zu dem Resultate, daß dieser das formell ordnungsmäßige Zustandekommen bei Gesetzen nachzuprüfen habe. Nur darin weicht Kahn von ersterem ab, daß er es ausdrücklich ablehnt, die positive Vorschrift des § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes zu verwerten. Wenn in dieser gesetzlichen Bestimmung von der Unabhängigkeit des Richters gesprochen werde, so solle damit nur die Unzulässigkeit der Kabinettsjustiz betont werden[19] und der Ausdruck: »nur dem Gesetz unterworfen«, weise lediglich darauf hin, daß der Richter in der Regel nur durch das formelle Gesetz gebunden werde und eine Verordnung deshalb stets darauf zu prüfen habe, ob sie intra legem ergangen sei.

Mir scheinen diese Einwendungen gegen den von G. Meyer gewählten Ausgangspunkt nicht begründet. Gewiß ist in der erwähnten Bestimmung auch das Unzulässige einer Kabinettsjustiz zum Ausdruck gebracht. An jedem Anhaltspunkte fehlt es aber dafür, daß man hier zugleich auch auf den Unterschied zwischen dem formellen Gesetze und der Verordnung und die verschiedene Stellung des Richters zu beiden hinweisen wollte. Die auch heute noch nicht ganz feststehenden Begriffe des Gesetzes im formellen und materiellen Sinne sind erst später voll ausgebildet und einander gegenübergestellt.

Im § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes sollte die Stellung des Richters zur Exekutive und Legislative schlechthin charakterisiert werden, indem seine Unabhängigkeit von der vollziehenden Gewalt und seine

[19] Kahn a. a. O. 491, 492.

Unterwerfung unter das Gesetz ausgesprochen wurde. Die Vorschrift enthält insoweit nur eine Kodifizierung derjenigen Grundsätze, auf denen die Gewaltenteilungslehre beruht[20] und die Polemik Kahns gegen G. Meyer entbehrt deshalb der Begründung.

Im Gegensatz zu G. Meyer möchte ich allerdings annehmen, daß die Frage nach dem Bestehen eines richterlichen Prüfungsrechtes in formeller Hinsicht aus § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes allein nicht zu lösen ist. Diese Vorschrift sowohl, wie die Gewaltenteilungslehre behandeln nur die Stellung des Richters zum Gesetz im allgemeinen, nicht aber auch die spezielle Frage, ob der Richter sich über das Gewahrtsein der verfassungsmäßigen Formen für die Entstehung eines Gesetzes zu vergewissern hat. Es ist bezeichnend, daß Arndt[21] im Gegensatz zu Kahn gerade aus der Geltung des Prinzips der Gewaltenteilungslehre schließt, daß der Richter auch abgesehen vom Reichsrechte — wo Arndt, wie schon betont, das Nichtbestehen eines richterlichen Prüfungsrechtes aus Art. 2 der Reichsverfassung folgert — zu einer Nachprüfung der Gesetze auf ihre Gültigkeit nicht befugt sei.

Es kann deshalb nicht ohne weiteres mit G. Meyer als erwiesen angesehen werden, daß der Richter nur dem formell ordnungsmäßig zustande gekommenen Gesetz unterworfen ist, denn mit der durch den genannten § 1 und die Gewaltenteilungslehre gekennzeichneten Stellung des Richters wäre es sehr wohl

---

[20] Das erkennt auch Kahn (a. a. O. 601) später an, indem er gerade aus § 1 GVG mit folgert, daß das Prinzip der Gewaltenteilung auch im Reiche gelte.

[21] Arndt, ArchOeffR. 18, 158.

vereinbar, daß er auch ein Gesetz anwenden müßte, bei dessen Entstehung formelle Verstöße vorgekommen wären. Davon geht auch Kahn[22] aus, indem er gelegentlich der Besprechung der Theorie G. Meyers darauf hinweist, »daß die staatsrechtliche Sonderstellung des Richters ein Prüfungsrecht nicht begründen könne, wenn es im Gesetzgebungsprozesse selbst eine jedermann, auch den Richter, bindende Konstatierung der Gesetzmäßigkeit des gesetzgeberischen Willensaktes gäbe.«

Dies führt uns zu den Theorien Labands, Jellineks und v. Seydels. Diese Autoren stimmen darin überein, daß in bestimmten Stadien des Gesetzentstehungsprozesses eine formelle, den Richter bindende Feststellung des Gewahrtseins der verfassungsmäßigen Formvorschriften erfolge.

Kurz sei zunächst zur Theorie Labands Stellung genommen, die um deswillen für diese Abhandlung von geringerer Bedeutung ist, weil Laband sich auf eine ausdrückliche Vorschrift der Reichsverfassung stützt. Meines Erachtens ist es nicht angängig, aus der bloßen Erwähnung der Ausfertigung im Art. 17 der Reichsverfassung darauf zu schließen, daß man mit ihr dem Kaiser ein so wesentliches Mitwirkungsrecht bei der Gesetzgebung überweisen wollte, wie Laband annimmt. Wäre das beabsichtigt, so hätte man dies sicherlich klar zum Ausdruck gebracht, zumal zur Zeit der Entstehung der Reichsverfassung das Bestehen eines richterlichen Prüfungsrechtes überwiegend anerkannt wurde. Zutreffend weist Gierke[23] darauf hin, daß die

[22] Kahn, a. a. O. 492.

[23] Gierke, Grünhuts Z. 6, 230, auch in Schmollers Jahrb. 83; 1186, 1187.

formalistische Zerlegung des Gesetzentstehungsprozesses in Feststellung des Gesetzesinhalts, Sanktion, Ausfertigung und Verkündung nicht durchführbar sei und daß insbesondere der Begriff der Ausfertigung von Laband nicht richtig beurteilt werde, da diese, »soweit nicht in ihr in Wahrheit sich ein Stück Sanktion verberge, nichts weiter sei als ein integrierender Bestandteil der Verkündigung«. Hinzu kommt, daß eine Ausfertigung mit der Bedeutung, wie sie Laband konstruiert, mit der vorhergehenden Sanktion des Gesetzes durch den Bundesrat, wie v. Seydel mit Recht betont, in der Tat unvereinbar ist.

Ebensowenig wie der Theorie Labands kann aber der Auffassung v. Seydels gefolgt werden. Das Sanktionsrecht des Herrschers in den konstitutionellen Monarchien und des Bundesrates im Reiche ist kein freies. Der Wille beider ist vielmehr »verfassungsmäßig derart gebunden, daß sie auf dem Gebiete der Gesetzgebung mit rechtlicher Wirkung nur das wollen können«,[24] wozu die Kammern oder der Reichstag ihre verfassungsmäßige Zustimmung gegeben haben. Aus dieser in der Verfassung begründeten Beschränkung des Sanktionsrechtes des Bundesrates ergibt sich die Berechtigung der Frage, ob der Richter, weil er dem Gesetze unterworfen ist, jeden in die Form eines Gesetzes gekleideten Befehl ohne weiteres zu befolgen hat oder, ob er nicht vielmehr befugt und verpflichtet ist, zu prüfen, ob der Befehlende auch nicht die Grenzen seiner Kompetenz überschritten hat. Aus dem Begriffe der Sanktion läßt sich also, jedenfalls in den Staaten, wo das Sanktions-

[24] Jellinek, Gesetz u. Verordnung 317.

recht kein freies ist, die Unzulässigkeit einer richterlichen Prüfung nicht ableiten. Im übrigen ist auch für die v. Seydelsche Theorie zu betonen, daß sie für das hamburgische Recht ohne unmittelbare praktische Bedeutung ist, da es, wie unten noch näher darzulegen sein wird, im Entstehungsprozeß der hamburgischen Landesgesetze einen von der Feststellung des Gesetzesinhaltes getrennten Gesetzesbefehl gar nicht gibt.

## § 6.

## Besprechung der Jellinekschen Theorie insbesondere.

Näher einzugehen bleibt auf die Theorie Jellineks, der annimmt, daß schon während der Entstehung des Gesetzes über die Wahrung der verfassungsmäßigen Formen mehrfach in einer dem Richter bindenden Art und Weise entschieden werde.

Eine Betrachtung der Gesetzentstehungsprozesse im Reiche und in den deutschen Einzelstaaten zeigt in der Tat, daß in verschiedenen Stadien durch die beteiligten Faktoren eine Prüfung und Entscheidung über das Gewahrtsein der für die rechtswirksame Entstehung eines Gesetzes aufgestellten Vorschriften erfolgt. Geprüft wird z. B. die Legitimation der Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften und die Beschlußfähigkeit. Eine weitere Prüfung erfolgt bei Feststellung der gefaßten Beschlüsse, eine weitere — bei Reichsgesetzen — durch den Bundesrat, bevor dieser gemäß Art. 7 Zif. 1 der Reichsverfassung die Sanktion erteilt. Auch der Kaiser hat nicht wahllos zu verkünden, sondern ist berechtigt und verpflichtet, sich vorher davon zu überzeugen, daß übereinstimmende verfassungsmäßige Be-

schlüsse des Reichstages und des Bundesrates vorliegen.[25] Das Resultat dieser Prüfungen wird in allen Fällen, wenn auch nicht immer ausdrücklich, zu erkennen gegeben, denn, wenn beispielsweise der Bundesrat die Sanktion erteilt oder der Kaiser die Gesetzesurkunde ausfertigt, so bringen sie damit zugleich zum Ausdruck, daß sie die verfassungsmäßigen Vorschriften als gewahrt ansehen.

Den Ausführungen Jellineks ist deshalb darin beizutreten, daß »im legislatorischen Prozesse Momente vorhanden seien, welche die Natur eines Urteils über die Innehaltung der gesetzlichen Formvorschriften hätten«, und es bleibt nur zu erörtern, ob diesen Urteilen wirklich die Bedeutung zukommt, die ihnen Jellinek beilegt.

Jellinek geht davon aus, daß diese Urteile einer Überprüfung nur unterliegen könnten, wenn das Gesetz deren Zulässigkeit ausdrücklich betont hätte. Da dies nicht geschehen sei, fehle dem Richter die Befugnis zur Nachprüfung. Diesen Ausführungen ist nicht zuzustimmen. Jellinek trifft meines Erachtens nicht das Richtige, wenn er annimmt, es liege in der Natur des Urteils schlechthin oder doch in der Natur der hier in Betracht kommenden urteilsmäßigen Momente des Gesetzentstehungsprozesses, daß sie im Zweifel einer Nachprüfung entzogen seien[26]. Gewiß steht es dem Gesetzgeber frei, die Entscheidung über das Gewahrtsein dieser oder jener Vorschrift den an der Gesetzgebung Beteiligten ausschließlich zu übertragen oder auch ein Prüfungsrecht des Richters ganz zu beseitigen. Dazu

[25] Gierke, Grünhuts Z. 6, 230.
[26] Kahn, a. a. O, 598.

bedarf es aber immer einer besonderen Vorschrift, die entweder ausdrücklich das Prüfungsrecht des Richters ausschließt oder doch klar erkennen läßt, daß das Nichtbestehen dieser Befugnis den Intentionen des Gesetzgebers entspricht. Von diesem an sich richtigen Gesichtspunkt geht ja auch die im Resultate freilich, wie oben ausgeführt, nicht zu billigende Theorie Labands aus, wenn dieser aus dem Umstande, daß die Ausfertigung dem Kaiser neben der Verkündigung übertragen ist, auf die besondere Wirkung dieses Aktes schließt. Die Tatsache, daß die Ausfertigung ausdrücklich erwähnt und dem Kaiser zugewiesen ist, könnte allerdings zu der — von Laband gezogenen — Schlußfolgerung Anlaß geben, daß diesem Akte dadurch eine größere Bedeutung beigelegt werden sollte und nur die besondere Gestaltung der Rechtslage im Reiche gestattet diese Annahme nicht.

Ebensowenig wie für die Ausfertigung ist für die Beschlüsse der an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren die Geltung des Satzes: »ne bis in idem« nachgewiesen, sodaß sich die vielfach vertretene Ansicht, der Richter habe die interna corporis nicht nachzuprüfen, nicht rechtfertigen läßt[27]. Der mehrfach erfolgte Hinweis darauf, daß in England der Ausschluß der richterlichen Prüfungsbefugnis insoweit allgemein anerkannt sei, ist nicht geeignet, die Geltung der gleichen Rechtsgrundsätze auch für das deutsche Recht zu erweisen. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich für England in dieser Beziehung ein Gewohnheitsrecht herausgebildet hat, denn für Deutschland kommt jedenfalls ein solches

[27] Ebenso Bornhak, Preuß. Staatsrecht 1, 533. Brie, ArchOffR, 4, 58.

nicht in Betracht. Auch die interna corporis sind also vom Richter erforderlichenfalls nachzuprüfen, soweit nicht besondere Vorschriften der oben bezeichneten Art dies als unzulässig erscheinen lassen[28].

Als Resultat dieser Erörterungen ist mithin festzustellen, daß der Richter, weil er nach § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes nur dem — rechtsgültigen — Gesetz unterworfen ist, ein Gesetz darauf zu prüfen hat, ob es formell ordnungsmäßig entstanden ist. Diese Prüfungsbefugnis besteht nur insoweit nicht, als besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, daß die Entscheidung über die Innehaltung verfassungsmäßiger Vorschriften einem der an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren ausschließlich überwiesen ist.

---

[28] Eine derartige ausdrückliche Vorschrift enthält m. E. für das Reichsrecht der Art. 27 Satz 1 der Reichsverfssg., der lautet: »Der Reichstag prüft die Legitimation seiner Mitglieder und entscheidet darüber.« Hierdurch ist dem Reichstag die endgültige Entscheidung über diesen Punkt zugewiesen.

# II. Abschnitt.

## § 7.

## Enthält die hamburgische Verfassung besondere Bestimmungen, die das richterliche Prüfungsrecht ausschließen oder beschränken?

Bevor von diesem Gesichtspunkt aus auf die Beantwortung der hier zu behandelnden Fragen nach hamburgischem Landesstaatsrecht einzugehen ist, bedarf es einer Feststellung darüber, ob etwa — von der Gestaltung des Entstehungsprozesses der Landesgesetze zunächst abgesehen — besondere Vorschriften vorhanden sind, die die Prüfungsbefugnis des Richters ausschließen oder einengen.

Eine ausdrückliche Vorschrift, wie sie beispielsweise der Art. 106 der preußischen Verfassung enthält, existiert für Hamburg nicht. In Betracht könnten also nur diejenigen gesetzlichen Bestimmungen kommen, die die Stellung des Richters im allgemeinen regeln.

Maßgebend für das Verhältnis der Gewalten zueinander ist die Vorschrift des Art. 6 der hamburgischen Verfassung, die lautet: »Die höchste Staatsgewalt steht dem Senate und der Bürgerschaft gemeinschaftlich zu. Die gesetzgebende Gewalt wird von Senat und Bürgerschaft, die vollziehende vom Senat, die richterliche von den Gerichten ausgeübt.«

Im Art. 6 ist unverkennbar die Geltung der Prinzipien, auf denen die Gewaltenteilungslehre beruht, in der Form, in der diese Prinzipien allein praktisch ver

wertbar sind, zum Ausdruck gebracht, indem hier hervorgehoben ist, daß die Funktionen der begrifflich einheitlichen Staatsgewalt in der Ausübung auf verschiedene Organe verteilt sei. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß alle Schlußfolgerungen, die aus dem Prinzip der Gewaltenteilung für die Stellung des Richters zur Legislative und speziell für die Lösung des hier behandelten Problems zu ziehen sind, auch für Hamburg zutreffen.

Eine weitere hier zu erörternde gesetzliche Bestimmung enthält der Art. 19 Satz 2 der Verfassung, wo dem Senat die Oberaufsicht über sämtliche Justizbehörden zugesprochen wird. Mit Absicht ist hier von der Oberaufsicht die Rede, während kurz vorher das Aufsichtsrecht des Senats über sämtliche Zweige der Verwaltung erwähnt wird. Mit dem Worte Oberaufsicht sollte auf den besonderen Charakter dieses Rechtes hingewiesen werden. Die Oberaufsicht des Senats erstreckt sich nicht auf die eigentliche richterliche Tätigkeit, sondern nur auf den »Geschäftsgang der Gerichte und die äußerlich ordnungsmäßige Erledigung ihrer Angelegenheiten.«[29] Das ergibt sich auch aus § 111 des hamburgischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze, wo als Folge des Oberaufsichtsrechtes des Senats die Verpflichtung der Gerichte zur Erstattung von Berichten über ihre Geschäftsführung und die Berechtigung des Senats, Visitationen vornehmen zu lassen, genannt werden. Eine weitergehende Aufsicht auch über die eigentliche richterliche Tätigkeit der Gerichte hätte dem Senate durch die Landesgesetze gar nicht übertragen werden können, da

[29] v. Melle, Hamb. Staatsrecht, 51.

dem Richter durch § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes von reichswegen seine unabhängige Stellung garantiert ist. Für die materiellen Befugnisse des Richters ergibt mithin der Art. 19 Satz 2 der Verfassung ebensowenig etwas, wie der Umstand, daß die Richter vom Senat ernannt werden (§ 14 des Hamb. AG. z. GVG,)[30].

Auch aus der Tatsache, daß die Urteile hamburgischer Gerichte keine Eingangsformel enthalten, wie sie in Preußen (Im Namen des Königs) und im Reiche (Im Namen des Reiches usw.) üblich sind, lassen sich keine Konsequenzen für die hier zu erörternde Frage ziehen[31]. Wenn die Urteile etwa im Namen des Senats ergingen, würde darin nur eine ausdrückliche Anerkennung der Justizhoheit des Senats liegen, deren Bestehen aber auch ohnehin mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Senats als Landesregierung zu bejahen ist.[32]

Ebensowenig ist es für die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes in Hamburg von Bedeutung, daß es nach Art. 60 Ziffer 5 der Verfassung zu den Verpflichtungen des aus der Mitte der Bürgerschaft gewählten Bürgerausschusses gehört, »die Einhaltung der Verfassung und der auf das öffentliche Recht bezüglichen Gesetze zu überwachen.« Gewiß ist auch durch diese Bestimmung eine Garantie dafür geschaffen, daß

---

[30] Hamburgische Richter sind auch die Mitglieder des Hanseatischen Oberlandesgerichtes, die nicht im Dienste einer besonderen von den beteiligten Staaten gebildeten Zweckgemeinschaft stehen, sondern Beamte in jedem der Einzelstaaten sind. Soweit es sich um die Anwendung hamb. Gesetze handelt, gelten daher auch für diese Richter die hier zu erörternden Grundsätze.

[31] Wolffson, Hamb. Staatsrecht, 11.

[32] v. Melle, Hamb. Staatsrecht, 53.

die verfassungsmäßigen Vorschriften für die Entstehung der Gesetze gewahrt werden, denn sicherlich wäre für den Bürgerausschuß Anlaß zum Einschreiten gegeben, wenn sich herausstellen würde, daß ein Gesetz unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften entstanden wäre. Dieser Umstand läßt jedoch die Möglichkeit des Bestehens eines richterlichen Prüfungsrechtes ebenso offen, wie die in anderen Staaten vorhandene Ministerverantwortlichkeit.

Unrichtig wäre es ferner, aus dem Umstande, daß in Art. 71 der Verfassung Bestimmungen zur Beseitigung beharrlicher Meinungsverschiedenheiten zwischen Senat und Bürgerschaft getroffen sind, das Nichtbestehen des richterlichen Prüfungsrechtes in dieser oder jener Hinsicht ableiten zu wollen. Die Ansicht Martins[33], der eine entsprechende Bestimmung der Bremer Verfassung mit verwertet, um darzutun, daß die Gerichte dort nicht befugt seien, die Zulässigkeit einer Senatsverordnung anstelle eines Gesetzes nachzuprüfen, scheint mir unhaltbar.[34]

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß die Vorschrift des § 1 des Gesetzes betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege, nach der Streitigkeiten, welche nach staatsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende, öffentliche Verhältnisse .... betreffen, nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehören, in diesem Zusammenhange ebenfalls ohne Bedeutung ist[35]. In dieser Bestimmung soll nur auf die Grenzen der Zulässigkeit des Rechtsweges hingewiesen werden.

---

[33] Martin, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Verordnungen usw., 98 (Anm.).

[34] Ebenso Planck, Iher. Jahrb. 9, 334.

[35] Ebenso Urt. d. LG. Hamb. HansGerZ. 09 Beibl. Nr. 31.

# III. Abschnitt.

## Nachprüfung der formellen Rechtsgültigkeit der Gesetze.

### § 8.

### Feststellung der Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes in dieser Beziehung im allgemeinen.

Einzugehen ist nunmehr auf den Gesetzentstehungsprozeß selbst, um festzustellen, was sich aus ihm für das Bestehen und die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes ergibt.

Nach Art. 61 Abs. 1 der Verfassung beruht die Gesetzgebung auf dem übereinstimmenden Beschluß des Senats und der Bürgerschaft. Nichts als der übereinstimmende Beschluß dieser beiden Körperschaften ist — von der Verkündung abgesehen — zur Schaffung eines Gesetzes erforderlich. Einen von der Feststellung des Gesetzesinhaltes getrennten Gesetzesbefehl, der nach Labands Ansicht wesentlicher Bestandteil jedes Gesetzentstehungsprozesses sein soll, kennt das hamburgische Recht nicht. Nähere Bestimmungen bestehen nur für die Beschlußfassung der Bürgerschaft. Auf sie wird unten noch näher einzugehen sein. Für den Beschluß des Senats kommt irgendwelche weitere Nachprüfung des Richters nicht in Betracht.

Die Gesetze hat der Senat binnen 14 Tagen zu verkünden (Art. 61 Abs. 3; Art. 77 der Verfassung).

Bei Beantwortung der Frage, wie weit der Richter das Gewahrtsein der hiermit in Kürze wiedergegebenen Vorschriften für die Entstehung eines Gesetzes nachzuprüfen hat, ist nun zunächst auf den Akt der Verkündung näher einzugehen.

Die Vorschrift, die dem Senat die Verkündung der Gesetze überträgt, lautet wörtlich: »Der Senat verkündet die Gesetze, vollzieht dieselben und erläßt die nötigen Vollzugsverordnungen.«[36]

Neben der Verkündung wird auf den Vollzug hingewiesen. Es bedarf deshalb der Erörterung, ob mit den Worten »vollzieht dieselben« etwa ausdrücklich die Ausfertigungsbefugnis des Senats hervorgehoben werden sollte. Dann würde eine ähnliche Argumentation möglich sein, wie sie Laband auf Grund des Art. 17 der Reichsverfassung anstellt.

In der kommentierten Ausgabe der Verfassung von Wulff[37] wird in der Tat der Begriff des Vollzuges im Sinne des Art. 61 Abs. 3 mit dem der Ausfertigung gleichgestellt, denn in einer Anmerkung zu den Worten »vollzieht dieselben« heißt es: »Vor der Vollziehung oder Ausfertigung hat der Senat zu prüfen, ob das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist.«

Mir scheint es nicht angängig, in den erwähnten Worten einen Hinweis auf die Ausfertigungsbefugnis

---

[36] Der Verkündung bedürfen nur diejenigen übereinstimmenden Beschlüsse, die Rechtsnormen enthalten, also, im Sinne der Labandschen Definition (Laband, 5. Aufl. 2, 61 ff.), die formellen Gesetze, die zugleich materielle Gesetze sind. Die rein formellen Gesetze scheiden auch für diese Abhandlung völlig aus, weil ihnen gegenüber ein richterliches Prüfungsrecht nicht praktisch werden kann.

[37] Wulff, Hamb. Gesetze u. Verordnungen, 2. Aufl. 1, Anm. 5 zu Art. 61 d. Verf.

des Senats zu finden. Diese beziehen sich vielmehr auf die Tätigkeit, die der Senat als oberste Verwaltungsbehörde bei der Durchführung des Gesetzes auszuüben hat. Das ergibt sich aus der Fortsetzung: »und erläßt die nötigen Vollzugsverordnungen« und vor allem daraus, daß zunächst von der Verkündung und dann erst von dem Vollzug der Gesetze die Rede ist. Die Ausfertigungsbefugnis des Senats wäre — da die Ausfertigung der Verkündung vorausgeht — sicherlich vor seiner Befugnis zur Verkündung der Gesetze genannt.

Besonders erwähnt ist mithin die Ausfertigung im Art. 61 nicht.

Daraus folgt nun freilich nicht, daß dem Senat eine Ausfertigungsbefugnis nach vorgängiger Prüfung[38] des Gewahrtseins der verfassungsmäßigen Vorschriften nicht zusteht. Obwohl die meisten deutschen Verfassungen nur eine Bestimmung darüber treffen, wer die Gesetze zu verkünden hat, ist doch, wie Papst[39] mit Recht betont, davon auszugehen, daß die Prüfung und Ausfertigung als notwendige Voraussetzungen des Publikationsbefehles den gleichen Organen zustehen.[40]

Aus der oben dem Art. 61 Abs. 3 gegebenen Auslegung folgt vielmehr nur, daß diejenigen Schlüsse unzulässig sind, die aus einer ausdrücklichen Übertragung der Ausfertigungsbefugnis auf die Bedeutung dieses Aktes vielleicht gezogen werden könnten und damit zugleich allerdings auch, daß durch das dem Senat übertragene Verkündungsrecht bei Gesetzen eine

---

[38] Ebenso v. Melle, Hamb. Staatsrecht, 86.
[39] Pabst, Sanktions- und Publikationsfrist für Gesetze, 3.
[40] Ebenso für Hamburg, Seelig, Hamb. Staatsr. 72.

richterliche Nachprüfung in formeller Hinsicht nicht ausgeschlossen ist.

Wenn schon im allgemeinen, wie bereits betont, der vor der Verkündung vorzunehmenden Prüfung und dem auf Grund dieser Prüfung mit der Ausfertigung abgegebenen Urteil über die verfassungsmäßige Entstehung des Gesetzes nicht die Bedeutung beizulegen ist, die Jellinek diesen Akten beimißt, so gilt das ganz besonders für das hamburgische Landesstaatsrecht. Bis zum Jahre 1852 bestand in Hamburg ein verfassungsmäßiges Erfordernis der Publikation überhaupt nicht.[41] Die Gesetze erlangten ohne weiteres dadurch, daß »E. E. Rath und Erbgesessene Bürgerschaft sich darob verglichen« ihre Gültigkeit (Hauptrezeß von 1712 Art. 16).[42] Selbst die Grundgesetze wurden mit wenigen Ausnahmen nicht publiziert. Auch der Hauptrezeß von 1712, der bis zum Jahre 1860 in Geltung blieb, ist nicht verkündet. Als im Laufe der Verhandlungen über diesen die Behauptung aufgestellt wurde, daß seine Publikation erforderlich sei, äußerte sich der Rat dahin: »daß Alles, was zwischen E. E. Rath und Erbgesessener Bürgerschaft beliebet werde, von dem dato solcher einmütigen Beliebung ein gemeines Stadt-Gesetze werde und keiner aparten Publikation bedürfe.«

[41] Wolffson, Hamb. Staatsrecht, 22; Niemeyer, Hamb. Privatr. 11. Fremd war das Institut der Verkündung dem hamb. Rechte natürlich nicht. Früher war es üblich, den Inhalt der Gesetze und Verordnungen alljährlich öffentlich zu verlesen (sog. Buhrsprachen) oder durch Anschlag oder Verkündung von der Kanzel bekannt zu machen. Später ließ man die neuen Gesetze und Verordnungen durch die Zeitungen verbreiten. Die jährliche Verlesung blieb nur für die älteren Erlasse bestehen und fiel auch für diese seit 1814 fort. Vgl. Nachtrag z. Abdruck d. 4 Hauptgrundges. 2, die sog. Buhrsprachen betr. 241, 242.

[42] Westphalen, Hamburgs Verf. u. Verwaltg. 1, 14 Anm.

Dieser Grundsatz galt noch kurz vor Einführung der neuen Verfassung. Westphalen[43] berichtet 1844, daß Rat- und Bürgerschlüsse bis in die neueste Zeit in der Regel der Publikation nicht unterlegen hätten, »vielmehr nach wie vor der Gesichtspunkt festgehalten worden sei, daß sie lediglich dadurch, daß Rath und Bürgerschaft sich darob verglichen, gesetzliche Geltung erlangt hätten.“

Wenige Jahre später findet sich dann im Art. 74 des Verfassungsentwurfes der unter dem Einfluß demokratischer Strömungen im Jahre 1848 zusammengetretenen konstituierenden Versammlung die Vorschrift, daß der Rat die Gesetze zu verkünden habe, mit dem für jene Zeit charakteristischen Zusatz im Art. 78, daß, wenn der Rat ein Gesetz trotz Aufforderung durch den Bürgerausschuß nicht verkünden sollte, die Bürgerschaft die Verkündung durch ihren Vorsitzenden zu bewirken habe. Seitdem kehrt die Vorschrift, daß die Gesetze vom Senate zu verkünden seien, in allen Verfassungsentwürfen fast wörtlich so, wie sie jetzt in den Art. 61 Abs. 3 und 77 enthalten ist, wieder. Niemals aber findet sich auch nur eine Andeutung dafür, daß man mit der Einführung der formellen Verkündung dem Senate einen so wesentlichen Akt übertragen wollte, wie er in der der Verkündung notwendig vorausgehenden Ausfertigung nach der Laband-Jellinekschen Theorie zu erblicken ist.

Es erscheint mir deshalb für Hamburg nicht angängig, der bei Gelegenheit der Ausfertigung vom Senate vorzunehmenden Konstatierung des Gewahrtseins

[43] Westphalen, Geschichte der Hauptgrundgesetze der hamb. Verfassung, 1, 150.

der verfassungsmäßigen Formvorschriften eine den Richter bindende Kraft beizulegen. Daß die Verkündung der Gesetze, die als Akt der Exekutive[44] dem Senate als der obersten Verwaltungsbehörde und Landesregierung übertragen ist, trotzdem, gerade auch für die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes, ein Vorgang von hoher Bedeutung bleibt, wird unten noch näher darzulegen sein.

Wie die Ausfertigung, so entbinden auch die Beschlüsse der gesetzgebenden Faktoren den Richter nicht der Verpflichtung, erforderlichenfalls festzustellen, ob diese Beschlüsse ordnungsmäßig gefaßt sind. Der Satz, daß die interna corporis nicht nachzuprüfen seien, entbehrt für Hamburg ebenfalls der Begründung.[45] Der Umstand, daß die Beschlüsse von Senat und Bürgerschaft mit denen der Volksvertretung in den Monarchien nicht wesensgleich sind, ist für die hier zur Erörterung stehende Frage ohne jede Bedeutung.

Der Richter muß sich also grundsätzlich auch darüber vergewissern, daß die Beschlußfassung der Bürgerschaft — denn nur für diese bestehen, wie schon hervorgehoben, gesetzliche Bestimmungen — ordnungsmäßig erfolgt ist.

Hier findet allerdings die Prüfungsbefugnis des Richters bald ihre Schranken.

Der Richter hat seine Prüfung nur darauf zu erstrecken, ob das Gesetz den Vorschriften der Verfassung entsprechend zustande gekommen ist. Er braucht nicht festzustellen, daß auch die Bestimmungen der Geschäfts-

---

[44] Brie, ArchOeffR., 4, 55. Seelig, Hamb. Staatsrecht 72.
[45] A. M. A. Nöldeke, Hamb. Landesprivatrecht 74.

ordnung gewahrt sind. Hierüber hat allein der gesetzgebende Faktor, dessen Geschäftsordnung für maßgeblich erklärt ist, zu wachen, vorausgesetzt, daß ihm — wie der Bürgerschaft in Hamburg seit 1879 — die Regelung seiner Geschäfte selbst überlassen ist. In diesem Falle wird mit der Verweisung auf die Geschäftsordnung unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Bestimmung über den in Frage kommenden Vorgang und damit auch die Entscheidung über die Wahrung der in Betracht kommenden Formvorschriften ausschließlich dem gesetzgebenden Faktor überlassen sein soll. Weitere Schranken für die Zulässigkeit der richterlichen Nachprüfung ergeben sich daraus, daß der Bürgerschaft in der Verfassung mehrfach die Entscheidung über bestimmte Punkte ausdrücklich übertragen ist. Was sich im einzelnen hiernach für die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Gesetzen in formeller Beziehung ergibt und unter welchen Voraussetzungen der Richter überhaupt in die Lage kommt, in eine derartige Prüfung einzutreten, wird nunmehr im Zusammenhange darzustellen sein.

## § 9.

## Nachprüfung der gehörigen Verkündung.

Stets hat der Richter sich darüber zu vergewissern, ob das Gesetz gehörig verkündet ist. Die im Wulffschen Kommentar[46] geäußerte Ansicht, es lasse sich auch für die Gegenwart nicht behaupten, daß die Publikation für die Gültigkeit des Gesetzes wesentlich

[46] Wulff, a. a. O. 2. Aufl. 1, Anm. 4 z. Art. 61, Abs. 3 der Verfassung.

sei, ist zwar äußerst charakteristisch für die geringe Bedeutung, die man in Hamburg dem Akt der Verkündung beilegt, aber mit den positiven Vorschriften des geltenden Rechtes unvereinbar. Art. 61 Abs. 3 der Verfassung überträgt dem Senate die Verkündung der Gesetze und der § 3 des Gesetzes vom 16. Januar 1852[47], das die formelle Verkündungsart einführte, bestimmt, daß die Gesetzeskraft derjenigen Gesetze und Verordnungen, welche nicht selbst einen Zeitpunkt für den Eintritt ihrer Gesetzeskraft vorschreiben oder auf dem — ausnahmsweise zulässigen — außerordentlichen Wege publiziert werden, mit ihrer Bekanntmachung eintritt.

Gehörig ist nur die Verkündung, die im hamburgischen Amtsblatt erfolgt, das seit 1887 nicht mehr als abgesonderter amtlicher Teil einer Zeitung, sondern selbständig erscheint.[48]

Die Aufnahme des Gesetzes in die Gesetzsammlung ist für Hamburg im Gegensatz zu Preußen und dem Reiche für den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des Gesetzes ohne Bedeutung.

Für schleunige Fälle wird daneben im § 2 des genannten Gesetzes die natürliche Verkündungsart, z. B. durch Anschlag an den Straßenecken, vorbehalten.

Über die Verkündungsformel bestehen keine ausdrücklichen Vorschriften. Die üblichen Eingangsworte lauten: »Der Senat hat in Übereinstimmung mit der Bürgerschaft beschlossen und verkündet hierdurch als Gesetz, was folgt.« Am Schlusse steht der Ausfertigungsvermerk: »Gegeben in der Versammlung des Senats, Hamburg, den . . . . .«

---

[47] Wulff, a. a. O., 1, 97.

[48] Vgl. Bekanntmachung d. Senats in Wulffs Komm. 1, 97.

Hinsichtlich der Behandlung der Eingangsformel und des Ausfertigungsvermerks besteht ein Unterschied zwischen Hamburg einerseits und dem Reiche und Preußen andererseits. In Hamburg werden nämlich diese Formeln nicht wie in Preußen und im Reiche mit beschlossen.

In der Literatur wird die Praxis Preußens und des Reiches entweder bekämpft[49] oder doch wenigstens anerkannt, daß die Abstimmung über diese Formeln, sofern nicht etwa im Eingang materielle Bestimmungen enthalten seien, eine andere Bedeutung habe als die über den sonstigen Gesetzesinhalt.[50]

Meines Erachtens verdient die in Hamburg herrschende Übung den Vorzug. Ausfertigung und Verkündung sind Sache des Senats. Die Bürgerschaft kann deshalb hierauf ihren Beschluß nicht erstrecken. Ein Vorschlags- oder Kontrollrecht steht ihr ebenfalls nicht zu.

Materielle Bestimmungen freilich kann der Senat — und darin zeigt sich die Bedeutung der soeben angestellten Erörterungen für die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes — in der Eingangsformel nicht einseitig treffen. Derartigen Bestimmungen müßte der Richter die Anwendung versagen. Wohl aber steht nichts entgegen, daß der Senat, wie dies häufig geschieht, gleich in der Eingangsformel eine Bestimmung, etwa über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes

[49] Zorn, Hirths Ann. 89, 357 spricht von einer „absurden" Praxis.

[50] Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen 77 führt aus, es handle sich bei den Äußerungen der Kammern insoweit um Vorschläge, deren Erfüllung dem Ermessen des Königs anheim stehe und Laband (a. a. O. 5. Aufl. 2, 37) meint, der Reichstag übe hier ein Kontrollrecht aus.

trifft, wenn er in dem Gesetze zum Erlaß dieser Vorschrift ermächtigt ist.

Kurz hingewiesen sei in diesem Zusammenhange auch darauf, daß es nicht ganz korrekt ist, wenn die Überschrift des Gesetzes, die doch auch einen wesentlichen Bestandteil des Gesetzesinhaltes bildet, nicht mitbeschlossen wird. Mit Recht bezeichnet Dyroff[51] als Muster eines ordnungsmäßig verkündeten Gesetzes das hamb. Einführungsgesetz zum Allgem. Handelsgesetzbuch[52], wo (ausnahmsweise!) die Überschrift mitbeschlossen ist.

Streitig ist weiter in der Literatur, ob in der Verkündungsformel zum Ausdruck gebracht werden müsse, daß es sich um ein formelles Gesetz handele, für Hamburg also, daß ein übereinstimmender Beschluß von Senat und Bürgerschaft vorliege[53].

In Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Hamburg[54] und dem Kammergericht[55] möchte ich annehmen, daß dies zur gehörigen Verkündung in der Tat erforderlich ist. Der Senat muß bei der Verkündung darauf hinweisen, daß er von der ihm in Art. 61 Abs. 3 der Verfassung übertragenen Befugnis, die Gesetze zu verkünden, Gebrauch mache, weil es für den Richter von größter Bedeutung ist, ob ein formelles Gesetz oder eine Verordnung des Senats vorliegt. Hierüber muß die Verkündung als derjenige Akt, der die Wirk-

[51] Dyroff, a. a. O., 864.

[52] Wulff. 1. Aufl. 2, Nr. 71, ebenso 2. Aufl. 2, Nr. 234.

[53] Für Lübeck bejahend Brückner, Staats- und Verwaltungsrecht Lübecks, 85, dagegen z. B. Dambitsch, Verf. d. Deutschen Reiches, 50.

[54] HansGerZ. 94 Beibl. Nr. 115.

[55] KGJ. 21, C Nr. 1, 3-10. a. M. Urt. d. OAG Lübeck, Seuff. Arch. 26 Nr. 99.

samkeit des Gesetzes nach außen gegenüber den dadurch zu verpflichtenden Untertanen herbeiführt, Aufschluß geben[56].

In einigen deutschen Staaten ist die Erwähnung der Zustimmung des Landtages in der Verkündungsformel auch ausdrücklich in der Verfassung vorgeschrieben[57]. Für Hamburg kommt hinzu, daß die Ausdrücke »Gesetz« und »Verordnung« selten scharf geschieden sind. Zahlreiche Gesetze im formellen Sinne bezeichnen sich als Verordnung und nur in der Verkündungsformel ist auch schon vor Einführung der Verfassung zum Ausdruck gebracht, ob eine Mitwirkung der Bürgerschaft stattgefunden hatte oder nicht. Während Verordnungen mit den Worten »Auf Befehl Eines Hochedlen Raths der Freien Hansestadt Hamburg publicirt den . . . .« eingeleitet wurden, ging bei Gesetzen außerdem die Bemerkung voraus: »Beliebt durch Rath- und Bürgerschluß vom . . . .«.

## § 10.

## Bedeutung der Ausfertigung für das Prüfungsrecht der Gerichte und Grenzen dieses Rechtes im einzelnen.

Während der Richter die gehörige Verkündung des Gesetzes stets festzustellen hat, bedarf es einer Prüfung hinsichtlich der der Verkündung vorausgehenden Vorschriften für die verfassungsmäßige Entstehung des Gesetzes nicht in jedem Falle.

---

[56] Rosin, Polizeiverordnungsrecht 2. Aufl. 260.

[57] Vgl. z. B. für Bayern Verf. Urk. Titel VII § 30; für Oldenburg Verf. Urk. Art. 140; für Koburg-Gotha Verf. Urk. § 108 Abs. 2.

In der Literatur wird mehrfach hervorgehoben, daß es dem Richter etwas Unmögliches zumuten heiße, wenn man von ihm auch hinsichtlich des Gewahrtseins dieser Formalien eine Prüfung verlange. Dieser Einwand ist unbegründet. Zutreffend ist, daß allerdings dem Prüfungsrechte des Richters eine Prüfungspflicht entspricht und daß es in der Tat ein gewichtiges Argument gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wäre, wenn dem Richter dadurch unerfüllbare Verpflichtungen auferlegt würden. Tatsächlich ist das aber, wie die folgenden Ausführungen ergeben werden, nicht der Fall.

Nur äußerst selten wird der Richter in die Lage kommen, außer der leicht festzustellenden ordnungsmäßigen Verkündung auch noch auf den Entstehungsprozeß des Gesetzes einzugehen. Darüber, daß dieser Prozeß sich den Vorschriften der Verfassung entsprechend vollzogen hat, wacht in erster Linie der zur Verkündung der Gesetze berufene Senat. Dieser prüft vor der Ausfertigung und Verkündung, ob den gesetzlichen Bestimmungen genügt ist und bringt, wenn er ein Gesetz verkündet, damit zugleich, wie schon betont, zum Ausdruck, daß er zu Beanstandungen keinen Anlaß gefunden hat. Mit dieser in der Verkündung liegenden Erklärung der höchsten Staatsbehörde darf sich der Richter für die Regel begnügen. Dieses »offizielle Legalitätszeugnis« (Gerber) begründet die Vermutung, daß das Gesetz formell ordnungsmäßig zustande gekommen ist[58] und nur darin ist Laband und Jellinek

[58] Planck, Iher. Jahrb. 9, 356. Gierke, Deutschss Privatrecht, 137. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 152, 153.

nicht beizutreten, daß es sich hierbei um eine unwiderlegliche Vermutung handele.

Der Richter ist nur solange seiner Prüfungspflicht enthoben, als seine Überzeugung von der Richtigkeit dessen, was in der Ausfertigung steht, nicht erschüttert ist. Die Überzeugung des Richters kann auf verschiedene Art erschüttert werden, nicht nur, wie Sarwey meint, »durch die gesetzmäßige Einsprache eines der gesetzgebenden Faktoren«.[59] Wäre die Ansicht v. Sarweys richtig, so würde der Ausfertigung doch wieder in vielen Fällen die ihr von Laband beigelegte Bedeutung zukommen. Das Schweigen der gesetzgebenden Faktoren kann aber, auch wenn es in Kenntnis der Unrichtigkeit der Ausfertigung erfolgt, einen ausdrücklichen Beschluß nicht ersetzen.[60] Zu einer Ausübung seines Prüfungsrechtes kann vielmehr für den Richter z. B. auch dann Anlaß gegeben sein, wenn eine Partei im Zivil- oder Strafprozesse substantiierte Behauptungen über das Vorhandensein von Formmängeln aufstellt[61].

Kommt nun der hamburgische Richter nach den soeben entwickelten Grundsätzen einmal in die Lage, seine Prüfung auf den Entstehungsprozeß des Gesetzes auszudehnen, so muß er, sofern im Einzelfalle Zweifel bestehen, zunächst feststellen, ob übereinstimmende Beschlüsse des Senats und der Bürgerschaft vorliegen.

---

[59] v. Sarwey, Staatsrecht Württembergs 2, 100 Anm. 3.

[60] Krieger, 51.

[61] Nicht ganz so weit geht v. Gerber, der ausführt, für den Richter sei zu einer Nachprüfung Anlaß gegeben, wenn das Legalitätszeugnis durch die „Gegenautorität der Stände" entkräftet werde oder mit „notorischen und entscheidenden Tatsachen oder unzweifelhaften Rechtssätzen in Widerspruch stehe." v. Gerber a. a. O., 153.

Weiter hat er beim Bürgerschaftsbeschluß zu prüfen, ob eine öffentliche Sitzung stattgefunden hat oder die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer geheimen Sitzung (Art. 46 d. Verfassung) gegeben waren. Ferner hat sich der Richter darüber zu vergewissern, ob mehr als 80 Mitglieder anwesend und die Bürgerschaft mithin beschlußfähig war. In diesem Punkte findet aber die richterliche Nachprüfung noch eine wesentliche Einschränkung durch Art. 45 Satz 2 der Verfassung, wonach eine Abstimmung oder Wahl ohne Rücksicht auf die Zahl der abgegebenen Stimmen gültig ist, wenn während derselben die Gegenwart einer beschlußfähigen Anzahl von Mitgliedern konstatiert ist. Ob bei dieser, im § 27 der Geschäftsordnung näher geregelten Konstatierung etwa Irrtümer untergelaufen sind, hat der Richter nicht nachzuprüfen, ebensowenig, ob richtig abgestimmt ist. Über die Art der Abstimmung entscheidet nach Art. 47 die Geschäftsordnung mit der einzigen Einschränkung, daß die Abstimmung eine geheime sein muß, wenn mindestens 40 Mitglieder es verlangen. Auch über die Gültigkeit der Wahlen hat nach Art. 37 der Verfassung die Bürgerschaft selbst zu entscheiden, sodaß dem richterlichen Prüfungsrecht also tatsächlich sehr enge Grenzen gezogen sind.

Im Anschluß hieran ist darauf hinzuweisen, daß die hamburgische Verfassung außer dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung ein Notverordnungsrecht des Senats kennt (Art. 102 d. Verfassung). Danach kann der Senat im Falle eines Krieges oder Aufruhrs bestimmte Vorschriften außer Kraft setzen. Eine derartige, bisher niemals erlassene Notverordnung müßte, um Rechtswirksamkeit zu erlangen, verkündet werden.

Für die Verkündungsformel bestehen keine Vorschriften. Der Senat wird nur zum Ausdruck bringen müssen, daß es sich um eine Notverordnung handelt. Im übrigen kommt bei diesen Verordnungen nur eine Nachprüfung in materieller Hinsicht in Betracht, auf die unten noch näher einzugehen sein wird.

Außerdem besteht nach Art. 66 Ziffer 2 für »gesetzliche Verfügungen von geringer Bedeutung« ein vorläufiges Verfahren. Dem Bürgerausschuß ist die Befugnis erteilt, auf Antrag des Senats in dringenden Fällen derartige Verfügungen bis zur zukünftigen Zustimmung der Bürgerschaft mitzugenehmigen. Ferner ist in der Verfassung (Art. 72—77), wie schon oben kurz erwähnt, vorgesehen, daß bei einer beharrlichen Meinungsverschiedenheit zwischen Senat und Bürgerschaft unter gewissen Voraussetzungen eine Entscheidung durch das Reichsgericht (Art. 71 Ziffer 1) oder in anderen Fällen (Art. 71 Ziffer 2) durch eine aus Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaft gebildete Entscheidungsdeputation erfolgen solle. Ein Beschluß dieser Deputation hat ohne weiteres mit einem Senats- und Bürgerschlusse völlig gleiche Kraft und Gültigkeit (Art. 74 Abs. 1 Satz 2) und ist nach Art. 77 vom Senate zu verkünden[62].

Sollten jemals auf diesem Wege Rechtsnormen aufgestellt werden, so würden hinsichtlich der wenigen überhaupt in Betracht kommenden Formvorschriften für die hier zur Erörterung stehende Frage die gleichen Grundsätze gelten, wie bei ordentlichen Gesetzen. Ein Eingehen auf Einzelheiten würde bei der geringen praktischen Bedeutung dieser Bestimmungen zu weit führen.

---

[62] Alle diese Bestimmungen sind bisher niemals zur Anwendung gelangt.

# IV. Abschnitt.

## Nachprüfung der materiellen Rechtsgültigkeit der Gesetze.

### § 11.

### Begriffliche Schranken der Rechtswirksamkeit jedes Gesetzes.

Bei der nunmehr zu behandelnden Frage nach dem richterlichen Prüfungsrechte gegenüber Gesetzen in materieller Beziehung ist wieder vom § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes auszugehen. Wurde oben aus dieser Bestimmung gefolgert, daß der Richter nur das formell ordnungsmäßig zustande gekommene Gesetz anzuwenden habe, so ist in diesem Zusammenhange zu betonen, daß der Richter, weil er unter dem Gesetze steht, die materielle Kompetenz des Gesetzgebers nicht nachzuprüfen hat.

Daß der Richter über die Zweckmäßigkeit oder Billigkeit eines Gesetzes nicht zu entscheiden hat, ist von jeher allgemein anerkannt[63]. Darüber, ob ein Gesetz notwendig, zweckmäßig, billig oder unbillig ist, befinden allein diejenigen Faktoren, die zur Gesetzgebung berufen sind.

Abgesehen hiervon herrscht aber keineswegs Übereinstimmung hinsichtlich der Frage, ob und welche Ausnahmen von dem Grundsatze zu machen seien, daß

[63] RG. 60, 329. Ausdrücklich hebt der § 15 des preuß. Ges. v. 11. März 1850 hervor, daß der Richter bei Polizeiverordnungen nicht ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit zu prüfen habe.

der Richter die materielle Kompetenz des Gesetzgebers nicht nachzuprüfen habe. Zunächst ist hier auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, der — wohl mit Rücksicht auf seine verhältnismäßig geringe praktische Bedeutung — in der Literatur kaum beachtet ist.

Jedes Gesetz ist Ausfluß der auf ein bestimmtes Gebiet und einen bestimmten Kreis von Personen beschränkten Staatsgewalt. Dem Geltungsbereiche des Gesetzes sind daher die gleichen Schranken gesteckt, wie der Staatsgewalt überhaupt. Es erstreckt sich nur auf Personen, die der Gebietshoheit des Staates unterworfen sind. Aus dieser im Wesen des Gesetzes begründeten Beschränkung seiner Wirkungskraft ergibt sich für den Richter Recht und Pflicht zu der Prüfung, ob der Gesetzgeber etwa durch Aufstellung von Vorschriften für Personen, die der einheimischen Staatsgewalt nicht unterliegen, seine Kompetenz überschritten hat.

Insbesondere bei Steuergesetzen kann eine derartige Prüfung von Bedeutung sein. Der Gesetzgeber bestimmt im allgemeinen allerdings frei über die Voraussetzungen, unter denen die Steuerpflicht einer Person eintritt. Soweit nicht in einzelnen Punkten eine gesetzliche Regelung — verwiesen sei nur auf das Doppelbesteuerungsgesetz vom 13. Mai 1870 — stattgefunden hat, ist es lediglich eine Frage der Gesetzgebungspolitik, in welchen Grenzen von der Besteuerungsbefugnis Gebrauch gemacht werden soll. Immer aber ist Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung des Besteuerungsrechtes, daß der zur Steuer Heranzuziehende zur Zeit des Erlasses des Gesetzes in irgend einer Beziehung zu dem Gebiete steht, auf das die Staatsgewalt und damit auch die

Befugnisse des Gesetzgebers beschränkt sind. Fehlt es an jeder derartigen Beziehung, so entfällt damit die Berechtigung des Gesetzgebers, für diese Person bindende Vorschriften aufzustellen. Der zur Entscheidung berufene Richter hat einem solchen Gesetze für den konkreten Fall die Anwendung zu versagen.

Eine Bestimmung des hamburgischen Rechtes, der gegenüber eine richterliche Nachprüfung in der hier zur Erörterung stehenden Hinsicht in Betracht kam, sei hier besprochen, weil sie in den Gesetzen anderer Staaten wiederkehrt und beispielsweise für das Reich noch jetzt praktische Bedeutung besitzt.

Das hamburgische Wertzuwachssteuergesetz vom 12. Oktober 1908 ist mit rückwirkender Kraft auf alle Veräußerungen seit dem 31. Dezember 1907 erlassen. Getroffen werden dadurch also auch Veräußerungen, die in der Zeit zwischen dem 31. Dezember 1907 und dem Inkrafttreten des Gesetzes von Nichthamburgern vorgenommen sind, selbst wenn die Veräußerer zur Zeit des Erlasses des Gesetzes in keiner Beziehung mehr zu Hamburg gestanden haben. Für diese letzteren Fälle dürfte die Rechtsgültigkeit der erwähnten Vorschrift, die nach dem Wortlaute des Gesetzes und den gesetzgeberischen Vorarbeiten unzweifelhaft hier ebenfalls zur Anwendung gelangen sollte, nicht anzuerkennen sein. Die Befugnis der gesetzgebenden Faktoren, ein Gesetz mit rückwirkender Kraft zu erlassen, ist zwar allgemein anerkannt. Damit ist ihnen aber noch nicht das Recht eingeräumt, durch Zurückverlegung des Zeitpunktes, mit dem das Gesetz in Kraft treten soll, den Kreis derjenigen Personen zu erweitern, auf die sich das Gesetz bezieht. Für die Frage, wer dem Gesetz

unterworfen ist, kommt allein der Zeitpunkt in Betracht, in dem von der Befugnis, bestimmte Vorschriften aufzustellen, Gebrauch gemacht wird, also der Zeitpunkt des Gesetzerlasses. Wer in diesem Augenblicke der Machtsphäre des Gesetzgebers nicht mehr unterliegt, kann ihr auch nicht dadurch wieder unterworfen werden, daß dem Gesetz unter Anwendung einer Fiktion[64] rückwirkende Kraft verliehen wird, denn für die Vergangenheit kann nur Befehle erteilen, wem eine Befehlsgewalt zur Zeit ihrer Erteilung zusteht.

Zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte — deren Zuständigkeit hierfür durch § 24 Abs. 2 des Gesetzes betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege begründet ist —, ist es nicht gekommen, da alle gegen die Heranziehung zur Steuer erhobenen Reklamationen mit Rücksicht auf die zweifelhafte Rechtslage im Vergleichswege erledigt sind.

Das Landgericht Hamburg hat aber für einen analogen Fall in einem nicht veröffentlichten Urteil einer entsprechenden Bestimmung des Statuts einer hamburgischen Landgemeinde, die in Form eines Zuschlages zur Staatssteuer ebenfalls eine Wertzuwachssteuer mit rückwirkender Kraft eingeführt hatte, die Rechtswirksamkeit abgesprochen. Zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts ist es auch hier nicht gekommen, weil die Parteien einen Vergleich schlossen.

## § 12.

## Prüfung der Landesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Reichsrecht.

Von weit größerer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der hamburgische Richter ein Landesgesetz

[64] Staudingers Komm. z. BGB. 5./6. Aufl. 6 Vorbem. 2 zu den Übergangsvorschriften.

— den Ausdruck hier in materiellem Sinne des Wortes gebraucht – auf seine Übereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen hat.

Aus der Tatsache, daß sowohl das Deutsche Reich wie die Einzelstaaten in den in der Reichsverfassung näher bestimmten Grenzen die Kompetenz zur Gesetzgebung besitzen, ergibt sich die Möglichkeit, daß einander widersprechende Reichs- und Landesgesetze erlassen werden. Es liegt auf der Hand, daß der Richter dann, obwohl er beiden unterworfen ist, doch nur ein Gesetz zur Anwendung bringen kann. Welchem Gesetz er in einem derartigen Falle den Vorzug einzuräumen hat, ergibt sich aus dem staatsrechtlichen Charakter des Deutschen Reiches in Verbindung mit der ausdrücklichen Vorschrift im Art. 2 der Reichsverfassung. Nach dieser Vorschrift übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts der Reichsverfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Berücksichtigt man hierbei, daß das Reich seiner Natur nach ein Bundesstaat, mit eigener, von der der Einzelstaaten verschiedener Rechtspersönlichkeit ist, so folgt aus dieser Bestimmung unmittelbar, daß hier nicht nur die Verpflichtung der Einzelstaaten ausgesprochen ist, keine dem Reichsrecht widersprechenden Rechtsnormen zu erlassen, sondern zum Ausdruck gebracht ist, daß mit den Reichsgesetzen unvereinbare Landesgesetze der Gültigkeit entbehren. Die Vorschrift des Art. 2 der Reichsverfassung richtet sich direkt an den Richter und zwingt diesen, wie in der Literatur und Rechtsprechung auch allgemein anerkannt ist[65], bei einem

[65] Vgl. z. B. Gierke, Schmollers Jahrb. 83, 1189; Urt. d. OLG Hamburg, HansGerZ. 97, Beibl. Nr. 70; RG 19, 181; 27, 112; 29, 26.

Konflikt zwischen Reichs- und Landesrecht, dem Landesgesetze die Anwendung zu versagen.

Einen praktisch besonders bedeutsamen Anwendungsfall des im Art. 2 der Reichsverfassung aufgestellten Grundsatzes enthält der § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, der bestimmt, daß das Landesstrafrecht außer Kraft tritt, soweit es »Materien« betrifft, die Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuches sind. Diese Vorschrift unterscheidet sich von der im Art. 2 der Reichsverfassung nur dadurch, daß die Grenzen für den Ausschluß der Landesgesetzgebung hier nicht so scharf gezogen sind. Der Begriff der reichsgesetzlich geregelten »Materien« hat zu Zweifeln Anlaß gegeben. Es sind darunter nicht die einzelnen für strafbar oder nicht strafbar erklärten Handlungen, sondern die durch innere Verwandtschaft zusammenhängenden Gegenstände der Strafgesetzgebung zu verstehen.[66]

Der Richter hat im Einzelfalle festzustellen, ob eine Materie als solche reichsgesetzlich geregelt und damit der Landesgesetzgebung ganz entzogen ist oder ob nur einzelne Bestimmungen ohne die Tendenz ausschließlicher Normierung des Gegenstandes getroffen sind.[67] Er hat seine Prüfung aber weiter, auch wenn die Landesgesetzgebung formell zur Regelung eines Gegenstandes zuständig ist, darauf zu erstrecken, ob sie nicht etwa gegen die allgemeinen Prinzipien des Reichsrechts verstößt. Die Behauptung Heinzes,[68] daß der Richter nicht darüber zu entscheiden habe, ob die

---

[66] Frank, Strafgesetzbuch z. § 2 EG. StGB. II, 1; a. M. v. Liszt, Strafrecht, 96.

[67] Frank, a. a. O. II, 2.

[68] Heinze, das Verhältnis des Reichsstrafrechts usw. 134, 135.

an sich zuständige Landesgesetzgebung »sachlich von den Prinzipien des Bundesgesetzes oder von den aus dem Bundesgesetz in korrekter Entwickelung sich ergebenden Konsequenzen abgewichen sei«, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen. Es handelt sich hier durchaus nicht immer, wie Heinze annimmt, um Zweckmäßigkeits- sondern oft um Rechtsfragen. Zuzustimmen ist Heinze nur darin, daß Bestimmungen, welche den Erfordernissen des Sondergegenstandes entsprechen, gültig sein können, auch wenn sie sich als Ausnahmevorschriften von der allgemeinen reichsrechtlich festgestellten Regel charakterisieren. Daraus folgt aber nur, daß der Richter, wenn er ein Landesgesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem Reichsrechte prüft, auch zu berücksichtigen hat, daß der Landesgesetzgebung mit der Regelung einer Materie zugleich die Befugnis überlassen sein kann, auf diesem Gebiete den Erfordernissen des Sondergegenstandes entsprechend Ausnahmevorschriften aufzustellen.

Da den Reichsgesetzen die ihnen im Art. 2 der Reichsverfassung beigelegte Wirkung nach der gleichen Vorschrift nur zukommen soll, wenn das Reich sein Gesetzgebungsrecht nach Maßgabe der Verfassung ausübt, fragt sich, ob der hamburgische Richter gegebenenfalls auch das Vorliegen dieser Voraussetzung prüfen muß.

Daß ein Prüfungsrecht des Richters in formeller Hinsicht gegenüber Reichsgesetzen ebenfalls anzuerkennen sein dürfte, ist bereits oben gelegentlich der Besprechung der im Anschluß an die Reichsverfassung aufgestellten Theorien dargelegt. Von weit größerer Bedeutung wäre es, wenn der Richter sich auch darüber

vergewissern müßte, daß das Reich seine materielle Kompetenz nicht überschritten hätte.

Da dem Reiche durch Art. 78 der Verfassung die Befugnis eingeräumt ist, seine eigene Kompetenz durch ein verfassungsänderndes Gesetz zu erweitern, ist die Frage nach der Kompetenz des Reiches zum Erlaß einer Rechtsnorm — sofern die Zuständigkeit des Reiches nicht schon nach dem geltenden Rechte begründet war — identisch mit der, ob die Vorschriften des Art. 78 für ein verfassungsänderndes Gesetz gewahrt wurden.

Über diese Frage steht jedoch dem Richter, wie im folgenden im Anschluß an die hamburgische Verfassung auszuführen sein wird, eine Entscheidung nicht zu.

## § 13.

## Unzulässigkeit einer gerichtlichen Entscheidung darüber, ob ein verfassungsänderndes Gesetz erforderlich war.

Die meisten modernen Verfassungen stellen erschwerte Formvorschriften für Gesetze auf, durch die die Verfassung abgeändert wird. In Hamburg ist an Stelle des einfachen ein mit $^3/_4$ Majorität zu fassender zweimaliger Beschluß der Bürgerschaft und zwar bei einer Anwesenheit von mindestens drei Vierteilen sämtlicher Mitglieder erforderlich. Zwischen beiden Beschlüssen muß ein Zeitraum von mindestens 21 Tagen liegen.

Ob der Richter das Gewahrtsein derartiger Formvorschriften nachzuprüfen hat, ist in der Literatur bis in die Gegenwart viel umstritten.

Für ein richterliches Prüfungsrecht in dieser Hinsicht spricht sich u. a. Dyroff[69] aus, da man sonst garnicht mehr von einer »gesteigerten Bestandsgarantie« der Verfassung sprechen könne, dagegen wenden sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Oberlandesgerichts Hamburg andere Schriftsteller, wie Gierke, Kahn, Jellinek und G. Meyer.[70] Von diesen Autoren wird hervorgehoben, daß in materieller Hinsicht eine richterliche Nachprüfung nur in Betracht kommen könne, wenn »das gesetzgebende Organ in seiner Kompetenz durch ein höheres beschränkt sei« (Gierke). Deshalb habe der deutsche Richter zwar ein Landesgesetz auf seine Übereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen, »könne aber ein Gesetz wegen materieller Verfassungswidrigkeit nur nullifizieren, wenn — wie beispielsweise in den Vereinigten Staaten von Amerika — ein vom gewöhnlichen Gesetzgeber verschiedenes Organ für Verfassungsänderungen bestehe« (Gierke).

Meines Erachtens kommt in der Tat entscheidend in Betracht, daß es an einem besonderen Organe für die verfassungsändernden Gesetze und damit an der konkurrierenden Kompetenz zweier zur Schaffung von Rechtsnormen berufener Organe fehlt. Nur der Umstand, daß sich Reichs- und Landesgesetzgeber mit beschränkten Kompetenzen gegenüberstehen, rechtfertigte es, dem Richter die Befugnis zuzusprechen,

---

[69] Dyroff, Hirths Ann. 89, 922; ebenso im Resultat z. B. Fleischmann a. a. O. 61; Heinze a. a. O. 25.

[70] Gierke, Schmollers Jahrb. 83, 1189; Kahn a. a. O. 605; Jellinek a. a. O.; G. Meyer a. a. O. 633. RG. 9, 235; Urt. d. OLG. Hamb., HansGerZ. Beibl. 94 Nr. 116; 97, Nr. 20; 06 Nr. 56; 07 Nr. 13.

die Landesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht zu prüfen und im Falle eines Konflikts der kraft positiven Rechts stärkeren reichsrechtlichen Norm den Vorzug zu geben. Durch die besonderen Bestimmungen für die Entstehung verfassungsändernder Gesetze ist die Kompetenz des Gesetzgebers nicht beschränkt. Senat und Bürgerschaft sind in gleicher Weise zur Schaffung gewöhnlicher und verfassungsändernder Gesetze berufen. Nur für das Verfahren bei Aufstellung von Rechtsnormen der letzteren Art sind mit Rücksicht auf deren erhöhte Bedeutung durch die Verfassung erschwerte Formvorschriften eingeführt. Über die Wahrung dieser Vorschriften hat der Richter, obwohl ihm, wie oben ausgeführt, im allgemeinen ein Prüfungsrecht in formeller Hinsicht zusteht, nicht zu wachen, weil auch ohne ihre Innehaltung ein Gesetz vorliegt, an das der Richter gebunden ist.

Mit der durch § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmten Stellung des Richters unter dem Gesetzgeber wäre es unvereinbar, wenn er einem Gesetze die Anwendung versagen wollte, weil eine Verfassungsänderung vorliege und die hierfür vorgeschriebenen Formvorschriften nicht gewahrt seien. Der Richter würde sich damit über die gesetzgebenden Faktoren stellen.

Darüber, ob eine Verfassungsänderung vorliegt, befindet in Hamburg allein die Bürgerschaft, da nur für ihre Beschlußfassung für diesen Fall besondere Vorschriften aufgestellt sind. Entstehen bei der Beratung Zweifel darüber, ob ein Gesetz mit der Verfassung vereinbar ist, so ist über diese Frage durch einen mit einfacher Majorität zu fassenden Beschluß zu entscheiden.

Der Ansicht Dyroffs, daß man von einer gesteigerten Bestandsgarantie der Verfassung gar nicht mehr sprechen könne, wenn dem Richter die Befugnis versagt werde, die Wahrung der Vorschriften für verfassungsändernde Gesetze nachzuprüfen, ist nicht beizustimmen. Die besonderen Vorschriften für die Entstehung verfassungsändernder Gesetze behalten als Normen für das Verhalten der gesetzgebenden Faktoren ihre Bedeutung, auch wenn man dem Richter — dessen Entscheidung im übrigen stets nur für den konkreten Fall ergeht und die Rechtswirksamkeit des Gesetzes unberührt läßt — eine Nachprüfung versagt, weil sie mit seiner verfassungsmäßigen Stellung unvereinbar ist.

Speziell für Hamburg ist nach den soeben entwickelten Gesichtspunkten noch eine andere Frage zu beantworten. Wie schon oben betont, kann unter gewissen Voraussetzungen aus der Mitte der gesetzgebenden Körperschaften eine Deputation zur Entscheidung über beharrliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Senat und Bürgerschaft gebildet werden. Nach Art. 71 Abs. 5 der Verfassung darf jedoch durch den Ausspruch dieser Entscheidungsdeputation eine Abänderung der Verfassung oder solcher gesetzlicher Bestimmungen, durch welche Rechte des Senats oder der Bürgerschaft festgestellt worden sind, niemals herbeigeführt werden. Wie nun, wenn nach Ansicht des Richters durch einen Deputationsbeschluß trotzdem etwa die Verfassung abgeändert ist?

Meines Erachtens ist auch hier dem Richter eine Nachprüfung zu versagen. Die Entscheidungsdeputation, deren Beschluß nach Art. 74 Satz 2 der Verfassung ohne weiteres mit einem Senats- und Bürgerschlusse

völlig gleiche Kraft und Gültigkeit hat, stellt kein besonderes mit beschränkter legislatorischer Kompetenz ausgestattetes Organ dar. Es handelt sich bei ihr vielmehr nur um eine besondere Form, in der Senat und Bürgerschaft als gesetzgebende Faktoren tätig werden, eine Form, die geschaffen werden mußte, um die Möglichkeit eines dauernden Dissenses zwischen den beiden gleichberechtigten gesetzgebenden Faktoren für gewisse Fälle auszuschließen.

# V. Abschnitt.

## Nachprüfung der formellen Rechtsgültigkeit der Verordnungen.

### § 14.

### Die Verkündung als wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit der Verordnungen.

Die Grundsätze, die oben für die Stellung des Richters zum formellen Gesetz entwickelt sind, gelten in weitem Umfang auch bei Verordnungen. Dieser Umstand macht es erklärlich, daß die meisten Arbeiten über das richterliche Prüfungsrecht in diesem Punkte sich auf wenige Bemerkungen beschränken.

Ein näheres Eingehen auf die Rechtslage an der Hand der speziellen Bestimmungen des hamburgischen Landesrechtes zeigt aber, daß trotz der Übereinstimmung in den leitenden Gesichtspunkten, doch so mannigfache besondere Vorschriften in Betracht kommen, daß es sich rechtfertigt, die Stellung des Richters gegenüber Verordnungen eingehender zu prüfen, als dies in der Regel geschieht.

Hierbei sei zunächst wieder von der Prüfung in formeller Hinsicht und zwar in erster Linie von der Verkündung der Verordnung ausgegangen.

Die Vorschrift des Art. 61 Abs. 3 der Verfassung, die dem Senate die Verkündung der Gesetze überträgt, bezieht sich auf formelle Gesetze. Für Verordnungen fehlt es an einer Bestimmung, die ihre Verkündung vor-

schreibt. Trotzdem dürfte diese bei Verordnungen ebenfalls stets als Voraussetzung für ihre Rechtswirksamkeit zu erfordern sein. Wenn die Gültigkeit einer Rechtsnorm auch nicht davon abhängig ist, daß ihre Existenz denjenigen Personen, an die sie sich richtet, bekannt ist, so ist doch zu verlangen, daß die Möglichkeit gewährt ist, sich jederzeit über den Inhalt der Gesetze und Verordnungen zu vergewissern[71]. Abgesehen hiervon wird aber eine Verkündung auch offensichtlich von dem § 3 des Gesetzes vom 16. Januar 1852 vorausgesetzt, da nach dieser Vorschrift die Gesetzeskraft derjenigen Gesetze und Verordnungen, die nicht selbst einen Zeitpunkt für den Eintritt ihrer Gesetzeskraft vorschreiben, mit dem Tage ihrer Bekanntmachung im hamburgischen Amtsblatt eintreten soll.

Als notwendige Voraussetzung der Rechtsgültigkeit ist die Verkündung insbesondere auch bei den Verordnungen der Gemeindebehörden anzusehen. Das Gegenteil wird zu Unrecht vom Landgericht Hamburg[72] aus Art. 14d der Landgemeindeordnung gefolgert, wonach die Beschlüsse der Gemeindeversammlung entweder unmittelbar nach erfolgter Zustimmung des Landherren oder 10 Tage nach geschehener Mitteilung des Protokolls an ihn, wenn bis dahin kein Einspruch vom Landherrn erhoben ist, in Kraft treten soll. Art. 14d, dessen Wortlaut allerdings verleitlich ist, läßt die Frage, ob die Verkündung bei Rechtsverordnungen Voraussetzung ihrer Rechtsgültigkeit ist, ganz unberührt. Er soll nur den Zeitpunkt be-

[71] KGJ 12. 173 (unter Beschränkung auf Strafgesetze).

[72] HansGerZ. 98 Beibl. Nr. 24; ebenso A. Nöldeke a. a. O. 47. A. M. dagegen mit Recht OLG Hamburg HansGerZ. 94, Beibl. Nr. 115.

stimmen, in dem der Schwebezustand beendet wird, der besteht, solange der Landherr von seinem Einspruchsrecht Gebrauch machen kann.

Der „in Kraft getretene" Beschluß der Gemeindeversammlung steht, sofern er Rechtssätze enthält, auf einer Stufe mit dem übereinstimmenden Beschlusse von Senat und Bürgerschaft. In beiden Fällen sind im übrigen alle Voraussetzungen für die Entstehung eines Gesetzes oder einer Verordnung gegeben und es bedarf nur noch der Verkündung, um den aufgestellten Vorschriften Rechtsverbindlichkeit zu verschaffen. Der hamburgische Richter hat mithin stets zu prüfen, ob die anzuwendende Verordnung verkündet ist.

Auch Staatsverträge müssen, worauf in diesem Zusammenhange hingewiesen sei, sofern sie Rechtsnormen enthalten, verkündet werden, um im Verhältnis zu den Untertanen Rechtswirksamkeit zu erlangen. In der Praxis geschieht die Verkündung in der Weise, daß der Senat den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen mit dem Bemerken bekanntmacht, daß die Ratifikation erfolgt sei. Formell richtiger dürfte es sein, wenn hier ebenfalls in der Verkündungsformel die vor der Ratifikation einzuholende Zustimmung der Bürgerschaft erwähnt würde. Wenn auch der Abschluß der Staatsverträge — trotz der ungenauen Ausdrucksweise im Art. 62 Abs. 2 der Verfassung — vom Senat, als dem Organ, das den Staat nach außen hin vertritt, allein vorgenommen wird, so ist doch jedenfalls die staatsrechtliche Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen davon abhängig, daß die Bürgerschaft vorher ihre Zustimmung erklärt hat (Art. 22 Abs. 2 der Verfassung).

## § 15.

## Der wesentliche Inhalt der Verkündungsformel.

Zur gehörigen Verkündung bei Verordnungen ist erforderlich, daß sie im Amtsblatt erfolgt. Nur für die Verordnungen im Amte Ritzebüttel ist, da sich auf diese das Gesetz vom 16. Januar 1852 (vgl. § 2 des Gesetzes) nicht bezieht, eine Bekanntmachung im Amtsblatt nicht notwendig. Mit Recht hat das Landgericht Hamburg[73] hier die Publikation im Cuxhavener Tageblatt für ausreichend erklärt.

Für die Verkündungsformel existieren in Hamburg keine gesetzlichen Vorschriften, während solche beispielsweise in Preußen, insbesondere bei Polizeiverordnungen in weitem Umfang aufgestellt sind.

Im allgemeinen steht es deshalb im Ermessen der verordnenden hamburgischen Behörde, in welcher Form sie ihre Erlasse verkünden will. Beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift ist es insbesondere nicht für notwendig zu erachten, daß in der Verkündungsformel das zum Erlaß der Verordnung ermächtigende Gesetz genannt wird[74]. Der Richter kann sich über dessen Existenz ohne eine Verweisung vergewissern.

Auskunft muß dagegen die Verkündungsformel, auch wenn besondere gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, über diejenigen Umstände geben, von denen die rechtswirksame Entstehung der Verordnung abhängt.

[73] HansGerZ. 98 Beibl. Nr. 24.

[74] Ebenso Arndt (DJZ. 07, 257-260), dessen Polemik gegen das Kammergericht gegenstandslos ist, da auch dieses die Bezugnahme auf die zu Grunde liegende gesetzliche Bestimmung nur dann als Bedingung für die Gültigkeit der Verordnung ansieht, wenn die Erwähnung des ermächtigenden Gesetzes ausdrücklich vorgeschrieben ist (vgl. Kronecker, DJZ. 07, 346; KG. DJZ. 07, 242).

Schon oben ist darauf hingewiesen, daß der Senat in der Verkündungsformel bei Gesetzen zum Ausdruck bringen müsse, daß eine Mitwirkung der Bürgerschaft stattgefunden habe. Entsprechende Erfordernisse sind an die Bekanntmachung von Verordnungen zu stellen.

Meist wird das Verordnungsrecht ohne jede Einschränkung unter Bezeichnung der zu regelnden Materien verliehen. Dann kommen besondere Vorschriften für die Verkündungsformel nicht in Betracht. Die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der Verordnung läßt sich hier aus ihrem Inhalt ohne weiteres feststellen.

Manchmal ist aber eine Behörde zum Erlaß einer Verordnung nur mit der Maßgabe ermächtigt, daß vorher eine andere Behörde oder die Vertreter gewisser Interessentengruppen gehört werden sollen oder ihre Zustimmung geben müssen. In anderen Fällen ist die Aufstellung bestimmter Vorschriften im Verordnungswege für zulässig erklärt, wenn ein gewisser Prozentsatz der Beteiligten es beantragt und wiederum in anderen ist die Mitwirkung mehrerer Faktoren mit dem Hinzufügen vorgeschrieben, daß unter bestimmten Voraussetzungen, etwa bei Gefahr im Verzuge, die verordnende Behörde allein entscheiden solle.

Alle diese und ähnliche Bestimmungen stellen nicht nur formelle Erfordernisse für die Entstehung der Verordnung auf, sondern enthalten zugleich Beschränkungen der materiellen Kompetenz der verordnenden Behörde[75].

Würde in diesen Fällen die Verordnung ohne jeden Zusatz verkündet werden, so wären stets Zweifel über die Wahrung der gesetzlichen Vorschriften möglich. Aus der Verkündung wäre nicht zu entnehmen, ob die ver-

[75] Zutreffend wird auf diesen Gesichtspunkt im Urt. d. LG. Hamb. (HansGerZ. 09 Beibl. Nr. 31) hingewiesen.

ordnende Behörde die ihrem Verordnungsrechte durch das Gesetz bestimmten Schranken eingehalten hätte. Es würde vielmehr der Anschein erweckt werden, als ob die Behörde die Verordnung völlig selbständig erlassen hätte. Damit hätte die Verkündung ihre wesentliche Bedeutung verloren. Die Verkündung ist derjenige Akt, durch den Gesetze und Verordnungen in die Erscheinung treten und für die Untertanen rechtsverbindlich werden. Sie vermittelt allein nach außen hin die in der Sanktion liegende gesetzgeberische Willensäußerung und enthält zugleich den Befehl zu ihrer Befolgung. Sie muß deshalb, wie Rosin[76] meines Erachtens zutreffend betont, »auch von allen denjenigen Umständen oder Vorgängen nach außen hin Kenntnis geben, von denen die Rechtsgültigkeit der Willensbestimmung Sanktion bedingt ist, welche ohnedies .... innere Momente ohne äußere Wirksamkeit ... bleiben würden.«

Ist also beispielsweise vorgeschrieben, daß außer bei Gefahr im Verzuge die Zustimmung einer anderen Behörde erforderlich sei, so muß das Vorliegen dieser Zustimmung in der Verkündungsformel erwähnt oder aber hervorgehoben werden, daß Gefahr im Verzuge gewesen sei. Nur dann tritt klar hervor, daß sich die verordnende Behörde der Schranken ihrer Kompetenz bewußt gewesen ist und nicht etwa eine Verordnungsbefugnis ausgeübt hat, die ihr in diesem Umfange gar nicht zustand.

In Übereinstimmung mit der hamburgischen Praxis und der ständigen Rechtsprechung des preußischen Kammergerichtes[77], das zu dieser Frage mehrfach ein-

[76] Rosin, Polizeiverordnungsrecht 2. Aufl. 260.

[77] KGJ. 21 C Nr. 1; C Nr. 15. 23 C Nr. 1. 24 C Nr. 6. 28 C Nr. 1. Ebenso OLG Hamburg, HansGerZ. 94, Beibl. Nr. 115. A. M. RG. 1. Strafs. 34, 369; 35, 262.

gehend Stellung genommen hat, nehme ich daher an, daß die Innehaltung von Formvorschriften der oben erwähnten Art in der Verkündungsformel zum Ausdruck gebracht werden muß.

Unbegründet scheint es mir zu sein, wenn das Kammergericht von diesem Grundsatz Ausnahmen macht, indem es Bestimmungen, wie die über eine erforderliche Beratung oder über die Verpflichtung, jemand Gelegenheit zur Äußerung zu geben, als »im Zweifel nur instruktionell« bezeichnet und daraus folgert, daß hier die tatsächliche Innehaltung der Vorschriften genüge[78]. Diese Unterscheidung dürfte der Begründung entbehren, da es auf den Umfang der Beschränkungen, denen die Verordnungsbefugnis unterliegen soll, nicht ankommen kann. Wenn auch in den vom Kammergerichte besonders behandelten Fällen die Entscheidung über den Inhalt der Verordnung allein von der zu ihrem Erlaß ermächtigten Behörde zu treffen ist, so kann doch für deren Entschließung die vorherige Beratung oder Entgegennahme einer Äußerung von Bedeutung sein und es läßt sich deshalb nicht rechtfertigen, diesen Bestimmungen einen geringeren Wert beizumessen.

Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Wahrung einer Vorschrift ist vielmehr nur dann nicht erforderlich, wenn es keinem Zweifel unterliegen kann, daß ihre Befolgung dem Ermessen der Behörde überlassen oder doch für die Rechtsgültigkeit der Verordnung nicht notwendig sein sollte. Wann dies der Fall ist, ist eine nicht immer leicht zu entscheidende Tatfrage.[79] Nicht der Erwähnung bedarf beispielsweise die Wahrung von Vorschriften, die

[78] KGJ. 23 C 1 Nr. 1.

[79] Rosin, DJZ. 05, 135.

von der vorgesetzten Behörde im Verwaltungswege ohne gesetzliche Ermächtigung dazu aufgestellt sind, denn ihre Nichtinnehaltung kann niemals die Ungültigkeit der Verordnung zur Folge haben.

## § 16.
## Bedeutung der Ausfertigung und Schranken der Nachprüfungsbefugnisse der Gerichte.

Sind somit die Grundsätze, die das Kammergericht für den notwendigen Inhalt der Verkündungsformel aufstellt, im allgemeinen als richtig anzuerkennen, so kommt doch der Verkündung für die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes nicht die Bedeutung zu, die ihr das genannte Gericht beilegt.

Das Kammergericht überträgt die von Laband aufgestellten Prinzipien auf die Praxis. Es erblickt in der Verkündung ein »formelles Kriterium, an dem die rechtswirksame Existenz einer Verordnung erkannt werden könne.«[80] Wenn in der Publikationsformel die Wahrung einer Vorschrift hervorgehoben sei, so binde das den Richter. Dieser habe nur zu prüfen, ob unter Zugrundelegung der Richtigkeit dessen, was in der Verkündungsformel stehe, die gesetzlichen Bestimmungen gewahrt seien.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Ebensowenig wie bei Gesetzen läßt sich bei Verordnungen der Nachweis erbringen, daß die vor der Verkündung vorzunehmende Prüfung der gesetzmäßigen Entstehung der Verordnung eine weitere Nachprüfung durch den Richter ausschließt. Für das in der Ausfertigung enthaltene Urteil über die

---

[80] Laband, 5. Aufl. 2, 45.

Innehaltung der gesetzlichen Formvorschriften gilt auch hier nicht der Satz: »ne bis in idem.«

Hinzu kommt, daß bei Verordnungen den für ihre Entstehung aufgestellten Vorschriften, wie schon betont, die Bedeutung innewohnt, daß bei ihrer Verletzung die verordnende Behörde nicht nur einen formellen Verstoß begeht, sondern zugleich ihre materielle Kompetenz überschreitet. Auch dieser Umstand zwingt, da ein Prüfungsrecht des Richters gegenüber Verordnungen in materieller Beziehung nahezu allgemein anerkannt wird, zu der Schlußfolgerung, daß der Richter sich über die Wahrung der gesetzlichen Formvorschriften vergewissern muß. Aus dieser Erwägung heraus würde man bei Verordnungen eine Prüfung des Richters in formeller Hinsicht selbst dann für zulässig halten müssen, wenn man sie bei Gesetzen ausschließen wollte, eine Konsequenz, die in der Tat auch von Jellinek[81] gezogen ist. Obwohl Jellinek in Übereinstimmung mit Laband der Ansicht ist, daß die in der Ausfertigung liegende formelle Konstatierung des Gewahrtseins der gesetzlichen Formvorschriften bei Gesetzen den Richter binde, erkennt er dennoch die Befugnis des Richters an, die ordnungsmäßige Entstehung einer Verordnung nachzuprüfen, weil bei dieser die formelle Gültigkeit Voraussetzung der materiellen Gesetzmäßigkeit sei.

Der Verkündung — oder genauer der ihr vorausgehenden Ausfertigung — kommt also bei Verordnungen ebenso wie bei Gesetzen nur die Bedeutung zu, daß sie den Richter solange einer Nachprüfung enthebt, als seine Überzeugung von der Richtigkeit dessen, was in der

---

[81] Jellinek, a. a. O. 409.

Verkündungsformel steht, nicht erschüttert ist[82]. Sobald dem Richter hierüber Zweifel auftauchen, muß er sich über die Innehaltung der gesetzlichen Bestimmung Gewißheit verschaffen, bevor er die Verordnung anwendet.

Die Parallele zu den entsprechenden Rechtsverhältnissen bei Gesetzen läßt sich aber noch weiter ziehen. Wie dort, so sind auch bei Verordnungen dem richterlichen Prüfungsrecht in einzelnen Punkten Schranken dadurch gesetzt, daß die Entscheidung über diese oder jene Formvorschrift der Verwaltungsbehörde ausschließlich übertragen ist.

Ein prägnantes Beispiel hierfür, auf das zur Erläuterung des eben Gesagten näher einzugehen ist, enthält die Verordnung über die Verlängerung der Ladenschlußzeit vom 24. April 1908, zu deren Gültigkeit das Oberlandesgericht Hamburg in seinem Urteile vom 22. Januar 1909[83] Stellung genommen hat.

Während bekanntlich § 139e der Gewerbeordnung die Ladenschlußzeit auf 9 Uhr abends festsetzt, läßt § 139f eine Vorverlegung für alle oder einzelne Geschäftszweige auf 8 Uhr abends zu. Auf Antrag von mindestens einem Drittel der »beteiligten Geschäftsinhaber« soll die höhere Verwaltungsbehörde zu Äußerungen über die Frage des früheren Ladenschlusses auffordern und, wenn zwei Drittel der Abstimmenden sich für die Einführung aussprechen, nach Anhörung der Gemeindebehörden die entsprechende Anordnung treffen. Die Bestimmungen darüber, wie die erforderliche Zahl von Geschäftsinhabern festzustellen sei, sind vom Bundesrat auf Grund der ihm

---

[82] In diesem Sinne hat sich auch das Kammergericht in einer älteren Entscheidung ausgesprochen. KGJ. 15 Nr. 55.

[83] HansGerZ. 09 Beibl. Nr. 31.

hierzu im Abs. 3 des § 139f der Gewerbeordnung erteilten Ermächtigung in einer Bekanntmachung vom 25. Januar 1902 getroffen. Hier sind vom Bundesrate genaue Vorschriften darüber aufgestellt, wer als »beteiligter Geschäftsinhaber« zu gelten habe und wie die zum Erlass einer die Ladenschlußzeit verlängernden Verordnung erforderlichen Mehrheiten festzustellen seien[84].

Als nun in Hamburg auf Grund dieser Bestimmungen nach Veranstaltung des in der Bundesratsbekanntmachung vorgeschriebenen Verfahrens für einzelne Geschäftszweige die Ladenschlußzeit auf 8 Uhr abends festgesetzt wurde, entstand Streit darüber, ob der Begriff des »beteiligten Geschäftsinhabers« von der höheren Verwaltungsbehörde richtig ausgelegt sei. Das Landgericht versagte der Verordnung vom 24. April 1908 die Anwendung, weil sie nicht ordnungsmäßig zustande gekommen sei. Das Oberlandesgericht erklärte ebenfalls eine Nachprüfung der Verordnung auf ihre formelle Rechtsgültigkeit für zulässig, wies aber dann darauf hin, daß die eingehenden Bestimmungen der Bundesratsbekanntmachung über das Verfahren bei der Listenaufstellung die Annahme rechtfertigten, daß der höheren Verwaltungsbehörde die endgültige Entscheidung über den Begriff des »beteiligten Geschäftsinhabers« und das Vorhandensein der erforderlichen Mehrheiten für die Verlängerung der Ladenschlußzeit überlassen werden sollte. Deshalb sei die Befugnis des Gerichts zur Nachprüfung auf die Frage beschränkt, ob

---

[84] Durch einen von der höheren Verwaltungsbehörde zu ernennenden Kommissar werden die Listen aufgestellt, gegen deren Richtigkeit Einspruch an den Kommissar und gegen dessen Entscheidung evtl. weiter Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde zugelassen ist.

das vorgeschriebene Verfahren stattgefunden habe, während die Gesetzmäßigkeit dieses Verfahrens nicht nachzuprüfen sei.

Meines Erachtens ist diesen Ausführungen allen Umfanges zuzustimmen. Aus der Bekanntmachung des Bundesrats, die den Interessenten durch die Gewährung des Einspruchs- und Beschwerderechtes hinreichende Gelegenheit gibt, ihre vermeintlichen Rechte auf Beteiligung geltend zu machen, ergibt sich in der Tat klar, daß eine Nachprüfung durch den Richter in dem vom Oberlandesgericht gekennzeichneten Umfange ausgeschlossen sein sollte.

Als Resultat dieser Erörterung ist daher festzustellen, daß ein richterliches Prüfungsrecht bei Verordnungen — genau, wie bei Gesetzen — prinzipiell besteht und nur insoweit nicht anzuerkennen ist, als aus den in Betracht kommenden Bestimmungen ersichtlich ist, daß die Entscheidung über diese oder jene Frage von der Verwaltungsbehörde ausschließlich getroffen werden soll.

# VI. Abschnitt.

## § 17.

## Nachprüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit der Verordnungen.

Näher einzugehen ist nun noch auf die schon mehrfach kurz berührte Frage, ob die Gerichte die materielle Gesetzmäßigkeit der Verordnungen nachzuprüfen haben und worauf sich das Prüfungsrecht der Gerichte in dieser Beziehung zu erstrecken hat.

Hervorgehoben ist bereits, daß die Befugnis des Richters zu dieser Nachprüfung mit Recht nahezu allgemein mit der Begründung anerkannt wird, daß für den Richter in der Regel allein das formelle Gesetz in Betracht komme und eine Verordnung nur, insoweit sich deren Zulässigkeit aus den Gesetzen ergebe.

Auch in Hamburg ist zur Aufstellung von Rechtsnormen grundsätzlich ein formelles Gesetz erforderlich. Das »entspricht einer jahrhunderte alten hamburgischen Rechtsauffassung«[85] und zweifelhaft kann nur sein, ob dieses Prinzip im Art. 62 der Verfassung[86] noch ausdrücklich hervorgehoben oder als selbstverständlich vorausgesetzt ist.

Meines Erachtens dürfte diese Vorschrift dahin zu verstehen sein, daß der Erlaß von Rechtsnormen des öffentlichen und Privatrechtes Gegenstand der Gesetz-

[85] A. Nöldeke, a. a. O. 44.

[86] Art. 62 d. Verf. beginnt: „Gegenstände der Gesetzgebung sind namentlich: die Erlassung, authentische Auslegung, Abänderung und Aufhebung von Gesetzen über Gegenstände des öffentlichen und des Privatrechts. . .“

gebung sei. Das nimmt auch Niemeyer[87] an, der betont, daß das Privatrecht entsprechend dem Grundsatz des früheren Verfassungsrechtes nach Art. 62 der Verfassung durch Gesetz zu regeln und eine Verordnung nur insoweit zulässig sei, als sich dies aus den Gesetzen ergebe.

Der hamburgische Richter muß sich also im einzelnen Falle darüber vergewissern, ob die Regelung einer Materie ausnahmsweise durch eine Verordnung erfolgen konnte und ob die Verordnung mit den bestehenden Gesetzen nicht in Widerspruch steht.

Dabei hat er stets davon auszugehen, daß eine Verordnung nur insoweit in Betracht kommen kann, als sich dieses aus den bestehenden Gesetzen ergibt.

Von einigen Autoren wird allerdings das Bestehen eines selbständigen Verordnungsrechtes des Senats behauptet, meines Erachtens aber zu Unrecht. Der Senat ist zwar auf Grund der ihm in der Verfassung eingeräumten Befugnisse als Landesregierung — nicht auch, wie v. Melle[88] meint, als Staatsoberhaupt — anzusehen, aber daraus folgt nicht, daß ihm ein selbständiges Verordnungsrecht zusteht. Wie man auch immer den vagen Begriff der Regierung fassen mag, niemals läßt sich schon aus ihm die Befugnis des zur Regierung berufenen Organs zum Erlaß von Rechtsverordnungen ableiten[89]. Die Frage, ob der Regierung ein derartiges selbständiges Verordnungsrecht zukommt, ist vielmehr nur auf Grund

---

[87] Niemeyer, Hamb. Privatrecht 11; a. M. A. Nöldeke, a. a. O. 44.

[88] v. Melle, a. a. O. 53.

[89] Die Ausführungen im Urt. des OLG. Hamb. (HansGerZ. 96, Beibl. Nr. 67) lassen sich deshalb, soweit in ihnen aus der Tatsache, daß der Senat die Landesregierung sei, die Rechtsgültigkeit der Quarantäneverordnung abgeleitet wird, nicht rechtfertigen.

der konkreten Verfassungsbestimmungen zu beantworten und deshalb für das hamburgische Recht zu verneinen. Zu dem gleichen Resultate gelangt auch Hanfft[90] unter eingehender Berücksichtigung der historischen Entwickelung. Dieser betont insbesondere zutreffend, daß dem Schlußsatz im § 9 des Gesetzes über die Organisation der Verwaltung[91], wonach das dem Senate als oberster Verwaltungsbehörde zustehende Verordnungsrecht unberührt bleiben soll, keine besondere Bedeutung zukommt, denn hier wird nur auf das Recht des Senats zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen oder delegierten Rechtsverordnungen verwiesen.

Die wichtigsten Bestimmungen über das Verordnungsrecht der Behörden enthält der eben erwähnte § 9 des Gesetzes über die Organisation der Verwaltung. Daneben kommt vor allem die Landgemeindeordnung in Betracht, in der die Gemeindebehörden in weitem Umfang zum Erlaß von Verordnungen ermächtigt werden.

Im einzelnen alle diejenigen Punkte anzuführen, auf die der Richter bei Nachprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Verordnungen sein Augenmerk zu richten hat, ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht angängig. Bei jeder Verordnung kommen andere Gesichtspunkte in Betracht.

Hinzuweisen ist nur darauf, daß gerade hier, wo eine Nachprüfung durch die Gerichte fast allgemein anerkannt und gar nicht zu entbehren ist, an den Richter oft die schwierigsten Aufgaben herantreten. Die auf diesem Gebiete sehr vielseitige Judikatur des Kammergerichts zeigt, wie schwer es oft zu entscheiden ist, ob

[90] Hanfft, Verordnungsrecht d. hamb. Senats, insbes. 61.
[91] Wulff, a. a. O. 1, 107.

bei einer Verordnung die Grenzen des delegierenden Gesetzes beachtet sind, ob sie mit dem geltenden Reichs- und Landesrecht vereinbar ist und ob sie einen genügend bestimmten Tatbestand enthält[92].

Hinzu kommt, daß die Frage nach der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung nicht immer ohne weiteres von der nach ihrer Zweckmäßigkeit zu scheiden ist. Das zeigt beispielsweise ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg, in dem dieses sich über die Gültigkeit der hamburgischen Marktordnung ausspricht. Die Marktordnung soll nach § 69 der Gewerbeordnung von der Ortspolizeibehörde im Einverständnis mit der Gemeindebehörde aufgestellt werden. Der Senat hat auf Grund der ihm im § 155 der Gewerbeordnung erteilten Ermächtigung »bekanntgemacht«, daß unter Gemeindebehörde im Sinne des § 69 die Finanzdeputation zu verstehen sei. Das Landgericht stellte sich aber auf den Standpunkt, daß der Senat sich selbst als Gemeindebehörde hätte bezeichnen müssen und versagte deshalb der Marktordnung die Anwendung. Das Oberlandesgericht legte jedoch wohl mit Recht die praktisch sehr bedeutsame Bestimmung des § 155 der Gewerbeordnung dahin aus, daß hier dem Senat ein gewisses Ermessen in der Auswahl der in Betracht kommenden Behörden eingeräumt sei. Infolgedessen sei, da nach der Verfassung auch die Finanzdeputation als Gemeindebehörde in Betracht kommen könne, die Frage, ob der Senat sich selbst als Gemeindebehörde hätte bezeichnen müssen, lediglich eine — vom Richter nicht nachzuprüfende —

[92] Vgl. KG. DJZ. 08, 1037; 09, 605; 10, 149; 10, 886; insbesdas letztgenannte Erkenntnis gibt zu bedenken Anlaß, zumal der § 315 StGB. auch keinen genaueren Tatbestand enthält.

Frage danach, ob der Senat zweckmäßig oder unzweckmäßig gehandelt habe.

Zu Erörterungen hat ferner die Frage Anlaß gegeben, welche Behörde in Hamburg zum Erlaß von Ausführungsverordnungen zu Reichsgesetzen kompetent sei. Die Vorschrift im Art. 61 Abs. 3 der Verfassung, wonach der Senat die nötigen Vollzugsverordnungen erläßt, bezieht sich nur auf Landesgesetze und ist auf Reichsgesetze auch nicht analog anwendbar[93]. Entscheidend ist hier vielmehr in erster Linie die ausdrückliche Bestimmung im Gesetz. Ist der Erlaß der »obersten Verwaltungsbehörde«, »Zentralbehörde« oder »Landesregierung«[94] überwiesen, so ist der Senat zuständig. Sollen die Ausführungsverordnungen aber durch die Landesgesetzgebung oder den Landesherrn erlassen werden, so müssen Senat und Bürgerschaft gemeinsam mitwirken, denn beide üben das Recht der Gesetzgebung gemeinsam aus und beiden steht auch die höchste Staatsgewalt gemeinsam zu (Art. 6 der Verfassung). Sind die »Gemeindebehörden« für zuständig erklärt, so müssen wiederum Senat und Bürgerschaft mitwirken, sofern nicht eine andere Behörde für den speziellen Fall nach hamburgischem Landesstaatsrecht als Gemeindebehörde in Betracht kommt oder als solche von Senat und Bürgerschaft bestellt wird[95]. Das ergibt sich aus Art. 97 der Verfassung, wonach die Gemeindeangelegenheiten der Stadt Hamburg in der gleichen Weise wie die Angelegen-

[93] So mit Recht Wolffson, a. a. O. 15.

[94] Daß der Senat in diesem Falle allein zuständig sei, ist schon 1888 (Verh. zw. S. u. B. 88, A. B. Nr. 14) ausdrücklich anerkannt, nachdem die Bürgerschaft früher auch hier ein Mitwirkungsrecht in Anspruch genommen hatte.

[95] Vgl. Wulff, a. a. O. 1, 514, Anm. 4.

heiten des Staates von Senat und Bürgerschaft geleitet werden, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist.

Fehlt eine ausdrückliche Bezeichnung der zum Erlaß der Ausführungsverordnung berechtigten Behörde, so entscheidet das hamburgische Landesstaatsrecht. Handelt es sich danach um einen Gegenstand, zu dessen Regelung ein übereinstimmender Beschluß von Senat und Bürgerschaft erforderlich ist, so bedarf es eines formellen Gesetzes.

Mit wenigen Worten sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß das bisher nie ausgeübte Notverordnungsrecht des Senats (Art. 102 der Verfassung) nur noch in sehr beschränktem Umfang besteht, weil die Bestimmungen über die im Art. 102 genannten Gegenstände jetzt fast durchweg reichsgesetzlich getroffen sind und deshalb ohne besondere Ermächtigung durch eine Landesbehörde nicht mehr zeitweilig außer Kraft gesetzt werden können. Da ein entsprechender Vorbehalt nur im Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874 (§ 30 Abs. 1) und im Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 (§ 24) gemacht ist, kann das Notverordnungsrecht des Senats nur auf diesen Gebieten und außerdem auf dem der polizeilichen Verhaftung, soweit diese landesgesetzlich geregelt ist, in Betracht kommen. Zu beachten hat der Richter ferner bei Anwendung von Notverordnungen, daß ihre Gültigkeit kraft positiver Vorschrift auf die Dauer von 4 Wochen beschränkt ist (Art. 103 der Verfassung).

# VII. Abschnitt.

§ 18.

## Stellung des Gerichts beim Vorliegen einer ungültigen gesetzlichen Bestimmung, insbesondere bei Redaktionsversehen und Druckfehlern.

Gelangt das Gericht bei seiner Prüfung zu dem Resultate, daß eine gesetzliche Bestimmung nicht ordnungsmäßig zustandegekommen ist oder daß eine Überschreitung der materiellen Kompetenz vorliegt, so muß es der Vorschrift die Anwendung versagen. Wie weit sich die Folgen des Verstoßes erstrecken, ist je nach Sachlage zu entscheiden. Während beispielsweise eine mangelhafte Verkündung notwendig die Unwirksamkeit des ganzen Gesetzes zur Folge hat, wird in anderen Fällen oft nur eine einzige selbständige Bestimmung von dem Mangel betroffen sein.

Auf die Nichtanwendung der fehlerhaften Rechtsnorm ist der Richter beschränkt. Er darf den Gesetzgeber nicht korrigieren und die zu beanstandende Bestimmung durch eine andere ersetzen, selbst dann nicht, wenn ein offensichtliches Versehen vorliegt und klar zu erkennen ist, wie der Gesetzestext ohne dies Versehen gelautet haben würde.

In der Literatur wird allerdings von Sontag[96] für die praktisch außerordentlich wichtigen und zahlreichen Fälle, in denen es sich um »Redaktionsversehen des

[96] Sontag, Redaktionsverseher des Gesetzgebers, insbes. 31.

Gesetzgebers« handelt, dem Richter die Befugnis zugesprochen, den fehlerhaften Gesetzestext zu berichtigen. Unter »Redaktionsversehen des Gesetzgebers« werden dabei alle diejenigen Fälle zusammengefaßt, wo, etwa infolge eines schlecht gewählten Ausdruckes oder einer falschen Verweisung der Wortlaut des Gesetzes nicht dem entspricht, was die gesetzgebenden Faktoren damit zum Ausdruck bringen wollten. In allen diesen Fällen soll nach Ansicht Sontags der Richter, gleichgültig, ob der gesetzgeberische Gedanke nur unvollständig oder gar nicht wiedergegeben ist, den wahren Willen des Gesetzgebers zur Geltung bringen und das Gesetz mit entsprechenden Änderungen anwenden. Meines Erachtens ist dem nicht zuzustimmen. Richtig ist nur, daß der Richter nach den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen die Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen zu ermitteln hat und dabei naturgemäß oft in die Lage kommt, einen Ausdruck ausdehnend oder einschränkend auszulegen, wenn sich aus dem Zusammenhange klar ergibt, daß dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Auf die Auslegung ist der Richter aber stets beschränkt. Widersprechen sich Wille und Erklärung des Gesetzgebers, so muß der Richter dem Gesetz in der publizierten Form die Anwendung versagen, weil es den Willen des Gesetzgebers nicht wiedergibt. Er darf aber auch nicht den Gesetzestext berichtigen, weil er dann eine Rechtsnorm anwenden würde, der ein wesentliches Erfordernis zu ihrer Gültigkeit, nämlich die Verkündung, fehlt.

Ein typisches Beispiel für ein Redaktionsversehen enthielt der § 31 des hamburgischen Gesetzes betreffend den Forst- und Feldfrevel vom 12. Dezember 1898[97].

[97] Wulff, a. a. O. 2, 536 ff.

In dem Senatsentwurfe waren hier 4 Übertretungstatbestände aufgezählt und dann bemerkt, daß im ersten Falle die Verfolgung nur auf Antrag eintreten solle. Die Bürgerschaft fügte einen fünften Tatbestand hinzu und dehnte in der Schlußbestimmung das Antragserfordernis auf alle 5 Fälle aus. Versehentlich wurde aber in der Mitteilung an den Senat zwischen dem vierten und fünften Tatbestand der ursprüngliche Passus aus dem Senatsentwurfe beibehalten, wonach die Verfolgung im Falle 1 nur auf Antrag eintreten sollte. Der Senat übersah dies und erteilte der Vorschrift in der mitgeteilten Form seine Zustimmung. Als sich später das Versehen herausstellte, wurde der Wortlaut des § 31 — und zwar mit Recht[98] — nicht etwa formlos, sondern durch ein besonderes Gesetz richtiggestellt. Hätte ein Gericht vorher den Irrtum entdeckt, so hätte es die Vorschrift des § 31, soweit sie die Beschlußfassung der Bürgerschaft unrichtig wiedergab, nicht anwenden und auch nicht richtigstellen dürfen[99].

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Richter den publizierten Gesetzestext nicht berichtigen darf, ist nur dann anzuerkennen, wenn das im übrigen ordnungsmäßig zustande gekommene Gesetz infolge eines Schreibfehlers bei Übermittelung der Ausfertigung oder eines Druckfehlers bei der Verkündung offensichtlich fehlerhaft wiedergegeben ist. Hier handelt es sich nicht um ein Versehen des Gesetzgebers, dessen Tätigkeit dann bereits beendet ist, sondern um Irrtümer des Schreibers oder Druckers. Es hieße diesen rein mecha-

[98] Vgl. die zutreffenden Ausführungen Labands in der DJZ. 03. 302-304.

[99] Ebenso A. Nöldeke, a. a. O. 42, Anm. 9; 74 Anm. 4.

nischen Tätigkeiten eine zu hohe Bedeutung beimessen, wenn man dem Richter versagen wollte, hierbei vorgekommene Versehen zu berücksiehtigen und durch Anwendung des richtigen Gesetzestextes unschädlich zu machen.

Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Oberlandesgericht Hamburg gestellt.[100] Im § 10 des hamburgischen Gesetzes betreffend den Güterstand der vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches geschlossenen Ehen[101] ist infolge eines Versehens bei der Veröffentlichung das Wort »persönlichen« durch »gewöhnlichen« wiedergegeben. Trotzdem hat das Oberlandesgericht, da die Verhandlungen keinen Zweifel darüber lassen, daß der Ausdruck »persönlich« übereinstimmend beschlossen ist, diesen Ausdruck seiner Entscheidung zu Grunde gelegt.[102]

## § 19.

Die Ergebnisse dieser Abhandlung sind also kurz zusammengefaßt folgende:

Der hamburgische Richter hat die formell ordnungsmäßige Entstehung der Gesetze und Verordnungen nachzuprüfen, soweit nicht in einzelnen Punkten die endgültige Entscheidung der Bürgerschaft oder — bei Verordnungen — einer Verwaltungsbehörde überlassen ist.

Die ordentliche Verkündung ist stets nachzuprüfen. Auf die früheren Stadien des Entstehungsprozesses der Gesetze und Verordnungen braucht der Richter dagegen

---

[100] HansGerZ. 03 Nr. 12.

[101] Wulff, a. a. O. 3, 100. § 10 lautet: „Die zum „gewöhnlichen" Gebrauch der Frau bestimmten Sachen . . . sind Vorbehaltsgut der Frau."

[102] Eine Berichtigung ist in diesem Falle ganz unterblieben.

nur ausnahmsweise einzugehen. Die Tatsache, daß die verkündende Behörde mit der Ausfertigung und Verkündung zugleich zum Ausdruck bringt, daß sie sich von der Innehaltung der gesetzlichen Vorschriften überzeugt hat, macht eine Nachprüfung der Gerichte in diesen Punkten solange unnötig, als die Überzeugung des Richters davon, daß die Ausfertigung und Verkündung zu Recht erfolgt seien, nicht erschüttert ist.

Keiner Feststellung bedarf es darüber, ob die Vorschriften für ein verfassungsänderndes Gesetz gewahrt sind.

Dagegen muß sich der Richter davon vergewissern, daß die allgemeinen Schranken, die jeder gesetzgebenden Gewalt gesteckt sind, nicht überschritten sind.

Außerdem hat er zu prüfen, ob die Landesgesetze mit dem Reichsrechte vereinbar sind und bei Verordnungen ferner, ob sie ausnahmsweise an Stelle des formellen Gesetzes zulässig sind und sich in den Schranken des ermächtigenden Gesetzes halten.

Stellt sich die Ungültigkeit einer gesetzlichen Bestimmung aus formellen oder materiellen Gründen heraus, so ist der Richter auf die Nichtanwendung dieser Vorschrift beschränkt. Er darf den Gesetzgeber, auch bei Redaktionsversehen, nicht verbessern. Nur offenbare Druckfehler dürfen berichtigt werden.